FRANCISCO PUY MUÑOZ (coordinación y dirección)
ÁNGELES LÓPEZ MORENO
FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ
MILAGROS OTERO PARGA
SALVADOR RUS RUFINO

Cuaderno de prácticas de Filosofía del Derecho

COLEX

CUADERNO DE PRÁCTICAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

1ª EDICIÓN 2001

Francisco Puy Muñoz
CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO.
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Ángeles López Moreno
CATEDRÁTICA DE FILOSOFIA DEL DERECHO.
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Francisco Carpintero Benítez
CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO.
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

Milagros Otero Parga
PROFESORA TITULAR DE UNIVERSIDAD DE FILOSOFÍA DEL DERECHO.
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Salvador Rus Rufino
PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD DE FILOSOFÍA DEL DERECHO.
UNIVERSIDAD DE LEÓN

Obra coordinada por:
Francisco Puy Muñoz

Editorial COLEX
2001

ÍNDICE

PRIMERA PARTE
¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?
Salvador RUS RUFINO. *Universidad de León*

TEMA I.	PLANTEAMIENTO GENERAL	13
TEMA II.	LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO DISCIPLINA ACADÉMICA	17
TEMA III.	LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO CONTENIDO DE LA ENSEÑANZA	21
TEMA IV.	LAS MATERIAS FILOSÓFICO-JURISTAS EN LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS	25
TEMA V.	LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO ACTIVIDAD RACIONAL SOBRE EL DERECHO	29
TEMA VI.	LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO SUMA DE CONOCIMIENTOS RACIONALES SOBRE EL DERECHO	33
TEMA VII.	PERFIL TEMÁTICO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	37
TEMA VIII.	CRISIS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD	41
TEMA IX.	SENTIDO ACTUAL Y FUTURO DE LAS ENSEÑANZAS IUSFILOSÓFICAS	45
TEMA X.	NECESIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS	47

SEGUNDA PARTE
FENOMENOLOGÍA JURÍDICA
Milagros OTERO PARGA. *Universidad de Santiago de Compostela*

TEMA XI.	FENOMENOLOGÍA Y FENOMENOLOGÍA JURÍDICA	51
TEMA XII.	FENOMENOLOGÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	57
TEMA XIII.	LA EXPERIENCIA JURÍDICA DEL PODER NORMATIVO	63
TEMA XIV.	LA EXPERIENCIA JURÍDICA DEL PODER EJECUTIVO	69
TEMA XV.	LA EXPERIENCIA JURÍDICA DEL PODER JUDICIAL	73
TEMA XVI.	LA EXPERIENCIA JURÍDICA DEL MINISTERIO FISCAL	77
TEMA XVII.	LA EXPERIENCIA JURÍDICA DEL ABOGADO	81
TEMA XVIII.	LA EXPERIENCIA JURÍDICA DEL REGISTRADOR	85
TEMA XIX.	LA EXPERIENCIA JURÍDICA DEL NOTARIO	89

TEMA XX. LA EXPERIENCIA JURÍDICA. UNIVERSALIDAD O PARTICULARIDAD 93

TERCERA PARTE
ONTOLOGÍA JURÍDICA

Francisco CARPINTERO BENÍTEZ. *Universidad de Cádiz*

TEMA XXI. PRAENOTANDA A LA ONTOLOGÍA JURÍDICA 97
TEMA XXII. LOS SUJETOS AISLADOS 103
TEMA XXIII. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO 107
TEMA XXIV. ¿RAZONAMIENTOS SIN COSAS? 113
TEMA XXV. EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO QUE NO ES SANCIONATORIO 119
TEMA XXVI. DERECHOS, COMPETENCIAS Y BIENES CONSTANTES .. 123
TEMA XXVII. LOS BIENES JURÍDICOS (I) 127
TEMA XXVIII. LOS BIENES JURÍDICOS (II) 131
TEMA XXIX. LOS BIENES JURÍDICOS (III) 135
TEMA XXX. LA DISTINCIÓN ENTRE LO EMPÍRICO Y LO REAL 139

CUARTA PARTE
ESTIMATIVA JURÍDICA

Ángeles LÓPEZ MORENO. *Universidad Complutense de Madrid*

TEMA XXXI. NACIMIENTO Y DESARROLLO DE LA ESTIMATIVA 143
TEMA XXXII. LA ESTIMATIVA EN LA FILOSOFÍA ACTUAL 149
TEMA XXXIII. DIFICULTADES DE LA PREGUNTA ¿QUÉ SON LOS VALORES? 155
TEMA XXXIV. EL ACCESO AL MUNDO DE LOS VALORES: EL CONOCIMIENTO DE LOS VALORES 161
TEMA XXXV. VALOR DEL BIEN. EL VALOR DEL DERECHO Y LOS VALORES DEL DERECHO. BIENES DEL DERECHO 165
TEMA XXXVI. LA ESTIMATIVA JURÍDICA ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 171
TEMA XXXVII. EL PROCESO HISTÓRICO DE CONCRECIÓN DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES 179
TEMA XXXVIII. LOS VALORES CONSTITUCIONALES 185
TEMA XXXIX. LOS VALORES CONSTITUCIONALES EN PERSPECTIVA TEÓRICO-DOGMÁTICA 193

TEMA XL. LOS VALORES SUPERIORES DESDE Y EN LA CONSTITUCIÓN 199

QUINTA PARTE
TÓPICA JURÍDICA

Francisco PUY MUÑOZ. *Universidad de Santiago de Compostela*

TEMA XLI. QUÉ ES LA TÓPICA JURÍDICA 205
TEMA XLII. QUÉ ES UN TÓPICO JURÍDICO 211
TEMA XLIII. TÓPICA JURÍDICA DOCTRINAL 217
TEMA XLIV. TÓPICA JURÍDICA LEGAL 223
TEMA XLV. TÓPICA JURÍDICA JUDICIAL 227
TEMA XLVI. TÓPICA JURÍDICA HISTORIOGRÁFICA 235
TEMA XLVII. TÓPICA JURÍDICA MÍTICA Y TEOLÓGICA 243
TEMA XLVIII. TÓPICA JURÍDICA LITERARIA 251
TEMA XLIX. TÓPICA JURÍDICA MEDIÁTICA 259
TEMA L. DICCIONARIOS Y CONCLUSIONES 267

PRESENTACIÓN

Este *Cuaderno de Prácticas de Filosofía del Derecho* se ha planteado como el complemento pedagógico natural del *Manual de Filosofía del Derecho*, publicado por la Editorial Colex en septiembre del año 2000, para atender a las directivas contenidas en el plan de estudios vigente que reclama que, sin perjuicio de la formación teórica, se dedique mayor atención que hasta aquí a la formación práctica del alumnado universitario. El *Cuaderno* ha sido redactado, con ilusión y deseo de prestar un buen servicio universitario, por los Profesores D. Francisco CARPINTERO BENÍTEZ, de la Universidad de Cádiz; Dª Ángeles LÓPEZ MORENO, de la Universidad Complutense de Madrid; Dª Milagros OTERO PARGA, de la Universidad de Santiago de Compostela; y D. Salvador RUS RUFINO, de la Universidad de León, habiendo sido coordinados todos ellos por el también colaborador D. Francisco PUY MUÑOZ de la Universidad de Santiago de Compostela. Se trata de los mismos profesores que redactaron el indicado *Manual de Filosofía del Derecho*. Cada uno ha construido la parte de las prácticas correspondientes a los temas que escribió para el *Manual*, procediendo a su buen criterio, a partir de un doble acuerdo: respetar el temario del *Manual*, y atenerse a la plantilla convenida. Lo primero, para garantizar la conveniente adaptación de los ejercicios de prácticas a las exposiciones teóricas. Lo segundo, para asegurar la homogeneidad y armonía del conjunto.

El esquema común según el cual se han redactado todas las unidades de prácticas es el siguiente: 1º. Índice sumario del Tema. 2º. Enumeración de las ideas básicas del Tema. 3º. Inserción de una o varias lecturas complementarias a lo expuesto en el *Manual*. 4º. Lista de cuestiones para provocar la reflexión sobre la teoría expuesta en el tema. 5º. Lista de cuestiones para provocar la reflexión sobre el contenido de las lecturas. 6º. Lista de ejercicios cerrados, o sea, de ejercicios en que se opta entre respuestas tasadas o predeterminadas. 7º. Y lista de ejercicios abiertos, o sea, de ejercicios en que hay que argumentar o razonar *ad libitum* la respuesta que se ha de dar a la pregunta que se plantea.

La experiencia del *Cuaderno de prácticas de Teoría del Derecho* publicado en esta misma editorial Colex hace un año por algunos de nosotros y otros compañeros nos ha mostrado que puesto que ya se insertó en el *Manual* una bibliografía para cada tema, la introducción en el *Cuaderno* de otra bibliografía más tiene poca utilidad para los alumnos, que en general carecen de tiempo para añadir otras lecturas; y apenas añade algún interés científico, mientras no ha transcurrido un lapso de tiempo suficiente para que haya nuevas y notables aportaciones. Por eso la hemos omitido, aligerando este volumen. Por lo demás, las lecturas cumplen, cuando procede, la misión de traer a colación libros no mencionados en el *Manual*, completándolo de esa manera.

Para el mejor aprovechamiento del material incluido en este *Cuaderno* conviene tener en cuenta que los siete puntos antedichos son objeto de prácticas, así individuales como colectivas. Dicho por el envés: los puntos seis y siete son ejercicios "desca-

radamente" prácticos, en cuanto que dirigidos a provocar una actividad controlada oral o escrita, con todo lo que esa actividad presupone, en especial el ser realizada en grupo y con publicidad. Pero también los primeros cinco puntos, pueden y deben ser objeto de práctica.

El primer punto trata de facilitar la memorización del esquema argumental del tema. Eso lo puede practicar un alumno solo, pero también se lo pueden preguntar o explicar dos o más.

El segundo punto, que reduce a menos de una las usualmente más de diez páginas en que se desarrolló el tema, trata de facilitar la adquisición del hábito de hacer *apuntamientos*; o sea, del hábito de extraer los datos esenciales mínimos de una información siempre voluminosa y farragosa, como suele ser la de cualquier expediente jurídico. La práctica aquí consiste en buscar los extractos en el corpus y tratar de hallar la regla de identificación que ha usado el autor.

El punto tercero trata de desarrollar el hábito de hacer lecturas jurídicas comparadas a dos o más columnas, pues las lecturas que se proponen hablan siempre de lo mismo que el tema, pero diciéndolo de otra manera, y a veces contradiciéndolo. La práctica conjunta podrá consistir aquí en que un alumno proponga a otro algunas tesis o antítesis entre dos pasajes para que éste las encuentre.

Los puntos cuarto y quinto tratan de desarrollar el sentido crítico por la técnica de aislar fragmentos de un todo y someterlos a análisis reflexivo. Las reflexiones sobre el tema tratan de enfrentar al lector con el autor, para ver si sintonizan o discrepan de él en algo. Y las reflexiones sobre la lectura tratan de introducir en la reflexión a un tercero en discordia, complicando el curso de la propia reflexión, y transformándola en una posible tormenta de ideas.

De los puntos sexto y séptimo ya se ha indicado que constituyen práctica estándar de discusión dialéctica, que enfrentan al practicante, bien con otro practicante, bien con el propio maestro, en una especie de entrenamiento para el examen académico, para la oposición, o para la lid forense o parlamentaria.

Los autores del *Cuaderno* nos hemos propuesto sugerir reflexiones y hacer preguntas que puedan ser desenvueltas, contestadas o argumentadas con al menos un dato, principio o argumento contenido en el correspondiente tema del *Manual*, o en otro tema del mismo, o en la lectura que ofrece *ex novo* el *Cuaderno*. La experiencia previene de que ese propósito tan simple no es fácil de realizar, y que siempre se desliza el típico fallo de querer "repetir" el pago que no se hizo. Pedimos perdón por los casos en que se haya producido el desajuste entre el *Manual* y el *Cuaderno*, y esperamos que la experiencia de los errores nos ayude a subsanarlos. De cualquier manera estamos seguros de que casi todos los ejercicios podrán resolverse con los conocimientos sacados de una primera lectura del *Manual*, o de la segunda o tercera que sea necesario realizar. Pues uno de los propósitos que nos guía es el de hacer practicar al alumno la traslación de cualquier tesis de unos a otros contextos, cuya habilidad es el abc de la aplicación de una norma general cualquiera a un caso particular cualquiera.

Los ejercicios están pensados para que sea posible realizarlos tanto en forma escrita como en forma oral. Y dada la escasa práctica de la oralidad que la masificación ha generalizado en las Facultades de Derecho, los autores animamos a los alumnos y a los ayudantes de clases prácticas a realizar de viva voz, en grupo, todas las reflexiones (puntos cuarto y quinto) y todos los ejercicios cerrados (punto sexto) y aun algunos de los abiertos (punto séptimo). Aconsejamos con todo que algunos de éstos últimos se realicen por escrito, pero con tiempo y papel tasado.

En general sugerimos que no se sobrepase el folio (dos caras) en la forma escrita, y los cinco minutos en la forma oral. Se trata de entrenar a los practicantes en la velocidad de respuesta, en la rapidez de reflejos para retorcer argumentos, en la capacidad de resumir y seleccionar razones, en el arte de ordenarlas buscando la plausibilidad, etc. En todo caso, los profesores deberán corregir, cuando la evidencia lo exija, los defectos propios y ajenos de ortografía, sintaxis, y presentación en las prácticas escritas; y los de prosodia, entonación y lenguaje corporal, en las prácticas habladas. Todos los profesores de derecho tenemos el doble deber de enseñar nuestra materia, y de educar juristas. Pero, por la naturaleza interdisciplinar y sustancialmente humanística de la Filosofía del Derecho, para nosotros este segundo deber prima sobre el primero, lo que nos diferencia de la mayoría de las otras disciplinas legales.

Una última sugerencia: es muy conveniente hacer las prácticas de cada tema inmediatamente después de haberse explicado su teoría.

El Coordinador

Santiago de Compostela, 3 de julio de 2001.

PRIMERA PARTE

¿Qué es la Filosofía del Derecho?

Salvador Rus Rufino. *Universidad de León*

TEMA 1

Planteamiento general

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. Sentido y referencia de la expresión Filosofía del Derecho.
III. Realidad designada con la expresión Filosofía del Derecho.
IV. La Filosofía del Derecho para un modelo de jurista.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El pensamiento filosófico está en una permanente crisis porque continuamente, generación tras generación, se cuestiona los principios básicos o innova sobre ellos preguntándose una y otra vez por el fundamento y el destino. Busca las raíces donde asentar y justificar el despliegue existencial.

2. Vivimos en un momento de pensamiento débil o de debilidad de la filosofía, porque se tiende a simplificar un mundo humano cada vez más complejo. Además la filosofía no está a la altura intelectual de otras épocas, porque no consigue dar cumplida respuesta a las cuestiones básicas que el hombre actual se plantea.

3. La filosofía y el Derecho, en principio, sólo se tocan tangencialmente. Ambas siguen derroteros sistemáticos y metodológicos diferentes. La unión de ambas se debe a una preocupación del hombre por llegar a comprender de forma total el fenómeno jurídico en la sociedad donde vivimos.

4. La Filosofía del Derecho no procede de una especulación en el vacío, sino que tiene que ver con una realidad determinada social, histórica y cultural, en la que se pretende realizar el ideal de justicia.

5. No existe un acuerdo unánime sobre cuál es o puede ser el contenido propio y preciso de la Filosofía del Derecho. Un texto, como este manual, opta por una estructura, la que sus autores le dan, pero esa no es la única forma de organizar los contenidos. Existen otras muchas maneras y todas válidas y viables.

3. LECTURA

"¿Qué es la filosofía? Es un tópico decir que es el amor a la sabiduría (éste es su exacto significado en la lengua griega: filía es amor, y sofía es sabiduría). La filosofía no es un saber terminativo o culminativo, entre otras cosas, porque eso trasciende nuestras posibilidades en esta vida: no podemos agotar la verdad, sino que tendemos a ella y vamos incrementado nuestro conocimiento de la misma (el conocimiento, o es conocimiento de la verdad, o no es conocimiento de nada).

Los primeros filósofos griegos se llamaban sophói, pero pronto cayeron en la cuenta de que esto era excesivo y se presentaron entonces a sí mismos como amantes de la verdad, de la sabiduría, como filósofos. Algunos han tomado esto reductivamente: como una declaración de modestia o un darse cuenta de la dificultad que la filosofía entraña. El filósofo es aquél que sabe que en este mundo nunca llegará a saberlo todo. Pero eso va de suyo. Hay algo más".

LEONARDO POLO, *Introducción a la filosofía,* Pamplona, Eunsa, 1995, pp. 15-16.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. La Filosofía del Derecho es una filosofía adjetiva o regional, aplicada a una realidad concreta: el derecho.
   A. ¿Cuál sería su prioridad?
   B. ¿A qué hace referencia en primer lugar?
2. La realidad que designa la expresión Filosofía del Derecho es compleja y el contenido asignado cada vez y por cada autor es diferente.
   A. ¿A qué concepto, a qué tipo de realidad hace referencia el nombre de Filosofía del Derecho?
   B. ¿Qué significa la Filosofía del Derecho?
3. Se pueden distinguir tres significados fundamentales en la Filosofía del Derecho. Primero, contenido de las enseñanzas en la Licenciatura de Derecho. Segundo, sistema de conocimientos racionales sobre el Derecho. Tercero, una peculiar actividad reflexiva racional a propósito del Derecho.
   A. ¿Cuál de las tres es prioritaria?
   B. ¿Cuál de las tres es imprescindible?
4. La existencia de la Filosofía del Derecho se justifica desde muchos puntos de vista y responde a una necesidad formativa e incluso operativa en la sociedad. Pero debe trascender el orden jurídico dado.
   A. ¿Qué tipo de jurista debe formarse para que la Filosofía del Derecho tenga razón de ser en su formación?
   B. ¿Qué tendría que mantenerse o cambiar en las facultades de Derecho para que siga existiendo la asignatura Filosofía del Derecho?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. ¿Se puede decir que se ha llegado al límite del pensamiento filosófico?
2. ¿El amor a un objeto es suficiente para dedicar la vida y el esfuerzo intelectual al mismo?
3. ¿Se puede decir que el siglo XXI ha llegado a la saturación de la filosofía y busca como sustitutivo a la técnica en sus más diversas manifestaciones?

4. ¿Llegar a saberlo todo de todo es una aspiración vana, una utopía o un rasgo de superioridad, o una simple tendencia más del hombre?
5. ¿Se puede enseñar o aprender a filosofar?
6. ¿Se es filósofo o se aprende en la Universidad a ser filósofo?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Diga si las siguientes afirmaciones responden a una situación o realidad aceptada.

A. La filosofía es una actividad banal propia de los hombres ocios.
B. La crisis de la filosofía es vital y en ella está su renovación.
C. La Filosofía del Derecho es un saber parcial sobre la técnica jurídica.
D. La Filosofía del Derecho es una construcción mental de HEGEL.
E. La Filosofía del Derecho implica una reflexión racional sobre el Derecho.

2. La expresión Filosofía del Derecho responde a una realidad que puede acotarse de una forma determinada. Responda cuáles de estas afirmaciones es falsa.

A. La Filosofía del Derecho responde al contenido de una asignatura de la Licenciatura en Derecho.
B. La Filosofía del Derecho es fundamentalmente dogmática y lógica jurídica.
C. La Filosofía del Derecho no tiene nunca en ningún caso, aplicación práctica.
D. La Filosofía del Derecho es un sistema de conocimientos racionales sobre el Derecho.
E. La Filosofía del Derecho se pliega exactamente a las exigencias de la realidad jurídico-normativa.

3. Ordene por orden de importancia para la Filosofía del Derecho los significados o sentidos de la Filosofía del Derecho.

A. La Filosofía del Derecho es una disciplina académica.
B. La Filosofía del Derecho es un sistema de conocimientos racionales reflexivos sobre el Derecho.
C. La Filosofía del Derecho es una peculiar actividad reflexiva a propósito del Derecho.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

(Deben contestarlos en una cara de un folio o en cinco minutos).

1. La Filosofía del Derecho es una actividad racional y reflexiva que tiene como objeto al Derecho, es un sistema de conocimientos racionales, y es también el contenido de una asignatura de la Licenciatura.

   Determine cuál de ellas es la concepción que más le convence y razone brevemente esta opción.

2. La Filosofía del Derecho no debe confundirse con la filosofía, ni tampoco es una parte de las "filosofías adjetivas" en las que se ha dividido la Licenciatura en Filosofía. Tiene su propia razón de ser.

   Explique por qué tiene sentido enseñar Filosofía del Derecho o por qué no. Dé una razón a favor y otra razón en contra.

3. La Filosofía del Derecho completa la formación técnica y científica del jurista ofreciéndole unos principios de acción y unos fundamentos que explican la realidad jurídica de una forma determinada.

   Intente mostrar qué tipo de jurista pretende formar la Filosofía del Derecho y por qué.

TEMA II

La Filosofía del Derecho como disciplina académica

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. Las asignaturas iusfilosóficas en los planes de estudios.
III. Consideraciones sobre la presencia o ausencia de las asignaturas iusfilosóficas en los planes de estudios.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La asignatura Derecho natural y de gentes se introduce como asignatura en el ámbito de influencia germánica y protestante. La primera cátedra se creó en la Universidad de Heidelberg (Alemania) en 1661. En España se tardan más de cien años en introducir oficialmente la enseñanza de la materia y fue en 1771 en los Reales Estudios de San Isidro de Madrid.

2. La asignatura en España se impartió en diversas universidades del Reino durante casi 25 años, pues las cátedras se suprimieron en 1794 por orden del Rey Carlos IV. Los sucesivos planes de estudios intentaron introducirla, pero no se estableció otra vez hasta 1850 como Filosofía del Derecho en la Universidad de Madrid y sólo para doctorado. Y en 1883 en todas las universidades españolas con el nombre de Principios de Derecho Natural.

3. Actualmente estamos en una situación de transición pues unas universidades, las que tienen el plan antiguo de 1953, siguen con las dos asignaturas anuales Derecho natural en primero y Filosofía del Derecho en quinto curso, y las que tienen el plan nuevo imparten Teoría del Derecho en el primer ciclo, y Filosofía del Derecho en el segundo con una importante reducción de horas de clase.

4. El recorrido sobre las presencias, ausencias e intentos de implantar las asignaturas iusfilosóficas en la Licenciatura de Derecho muestra que existe una estrecha relación entre el Derecho natural –actualmente con mejor sentido, Teoría del Derecho– y la Filosofía del Derecho. Tal como muestra el plan de 1953 y los actuales planes de estudios que consagran esta relación entre ambas materias.

3. LECTURA

"La denominación de la asignatura instaurada por el plan de estudios para la Facultad de Derecho en el año 1953 como 'Derecho natural y Filosofía del Derecho' corresponde a una

ambigüedad de planteamiento que no puede sino conducir a errores. Efectivamente, parece que con ella bajo el título 'Derecho natural' se quisiera designar algo distinto de la 'Filosofía del Derecho' de tal manera que, sin abandonar el mismo planteamiento general, se podría tratar primero de Derecho natural y, después, de Filosofía del Derecho. Esta designación es reflejo de un profundo malentendido de fondo, consistente en no haber caído en la cuenta de que el Derecho natural no es sino una filosofía del Derecho, lo único es que es una filosofía del Derecho de unas características especiales, adoptadas desde perspectivas del conocimiento muy determinadas. Ser iusnaturalista equivale a mantener una determinada concepción filosófica del Derecho y, en este sentido, si se es iusnaturalista al explicar Derecho natural no se puede dejar de serlo al abordar la disciplina llamada Filosofía del Derecho. Para un iusnaturalista esta última debería, en rigor, denominarse también Derecho natural, pues la única filosofía jurídica válida para el iusnaturalista es obviamente el Derecho natural ... Para quien no profesa una concepción iusnaturalista (esto es, para el positivista en el sentido más lato de la palabra) hay que pensar, por el contrario, que le sobra la denominación Derecho natural, puesto que mal podría explicar el Derecho natural quien concibe la aproximación al fenómeno jurídico desde premisas intelectuales que le son incompatibles".

GREGORIO ROBLES, *Introducción a la teoría del Derecho,* Madrid, Debate, 1988, p. 13.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. ¿Por qué se introduce en el ámbito alemán y protestante por primera vez la asignatura Derecho natural y de gentes?
2. ¿Cómo y qué razones llevaron al poder político a establecer una cátedra de Derecho natural y de gentes en España en 1771?
3. ¿Por qué se estableció la enseñanza de la Filosofía del Derecho en la Universidad de Madrid y sólo en Doctorado?
4. ¿Por qué se suprimió la enseñanza del Derecho natural en dos ocasiones: 1794 y 1931?
5. ¿Qué tendría más sentido dejar sólo la Teoría del Derecho sin Filosofía del Derecho, o mantener las dos disciplinas académicas?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. ¿Derecho natural y Filosofía del Derecho designan dos realidades distintas?
2. ¿La Teoría del Derecho es algo diferente al Derecho natural, o es su continuidad lógica?
3. ¿Es el iusnaturalismo una tendencia, una forma de entender la Filosofía del Derecho, es por sí una asignatura con la entidad del Derecho civil o constitucional?
4. ¿Se necesita ser iusnaturalista para poder explicar Filosofía del Derecho?
5. ¿Se agota la Filosofía del Derecho en el iusnaturalismo?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Diga cuál de estas expresiones es verdadera y cuál es falsa.

A. La Filosofía del Derecho como disciplina es anterior en España al Derecho natural.
B. Los Principios de Derecho natural se introdujeron en España en 1883.

C. La Universidad de Heidelberg copió a los Reales Estudios de San Isidro en la instauración del Derecho natural.
D. Fue Carlos IV quien en 1794 suprimió las cátedras de Derecho natural y de gentes en España.
E. Uno de los autores más leídos, comentados y seguidos en España fue Samuel PUFENDORF.

2. De las afirmaciones siguientes una es falsa.

A. La Teoría del Derecho es una forma de entender el Derecho natural.
B. Filosofía del Derecho y Derecho natural son dos disciplinas académicas.
C. La Filosofía del Derecho es más amplia que el Derecho natural.
D. El iusnaturalismo es una versión de la Filosofía del Derecho.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

(Deben contestarlos en una cara de un folio o en cinco minutos).

1. **La Filosofía del Derecho es más amplia que el Derecho natural, explique y razone por qué y en qué se basa.**
2. **Si tuviera que explicar por qué es necesario suprimir el Derecho natural, diga que argumentos usaría y qué asignatura pondría en su lugar.**
3. **Explique por qué razón los planes de estudios cambian tanto y qué sentido tiene que ahora se esté desarrollando la necesidad de implantar la Teoría del Derecho.**
4. **Razone los motivos por los que se establece la enseñanza de Derecho natural o Teoría del Derecho en el primer ciclo, y de Filosofía del Derecho en el segundo.**

TEMA III

La Filosofía del Derecho como contenido de la enseñanza

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. El surgimiento de la enseñanza del Derecho natural y de gentes.
II. La elaboración del contenido de las disciplinas iusfilosóficas.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La introducción del gusto y la sensibilidad por el Derecho natural como materia de investigación y docencia académica se puede situar a mediados del siglo XVII. El desarrollo de la asignatura como tal provocó una gran eclosión de publicaciones sobre el Derecho natural y poco a poco fue adquiriendo más importancia en la formación de los juristas.

2. La división en escuelas, en tendencias, que muchas veces coincidieron con las confesiones religiosas que aparecieron tras la Reforma Protestante de Lutero, provocó unas agrias y enconadas luchas entre los autores. Incluso entre profesores de Derecho natural del mismo credo religioso se produjeron importantes críticas.

3. Se puede afirmar que autores como Grocio, Pufendorf, Thomasius, Heineccio, Wolff, Burlamaqui, y otros muchos, con sus manuales, sus resúmenes y sus comentarios, contribuyeron a dotar de un *corpus* doctrinal propio al Derecho natural.

4. En el siglo XVIII se produce la época dorada del Derecho natural: casi se puede decir que no existe jurista, profesor de filosofía, o político de prestigio que no escriba algo, lo que sea, sobre el Derecho natural, prueba de ello son el gran número de disertaciones y escritos que se imprimen y que nos han llegado.

5. El surgimiento y establecimiento de la Filosofía del Derecho responde a una situación distinta y complicada. La crisis del Derecho natural a finales del siglo XVIII provocó el surgimiento del positivismo jurídico, y la elaboración por cada parcela del Derecho de una teoría general. La Filosofía del Derecho responderá a un deseo de unos juristas y, sobre todo, de los filósofos de cristalizar sus reflexiones en construcciones sistemáticamente elaboradas.

3. LECTURA

Desde finales del siglo XVIII comienza a desaparecer de la literatura jurídica la vieja denominación de Derecho natural, que había designado una reflexión especulativa de tradición secular, para ser sustituida paulatinamente por el nombre nuevo de 'filosofía del Derecho'. ...

si la denominación Derecho natural desaparece es porque desaparece también una forma determinada de especulación sobre el Derecho, y que la nueva denominación 'Filosofía del Derecho', lejos de ser un fruto del capricho, expresa el nacimiento de nuevos problemas y de una nueva metodología en la reflexión filosófica sobre el Derecho. O, dicho con otras palabras: como símbolo y designación de un nuevo entendimiento de la realidad jurídica y de los modos de aprehensión teórica, la 'Filosofía del Derecho' es, expresado brevemente, un concepto histórico. .... histórico es un concepto, no por su mutabilidad en el tiempo, ni porque esté referido, de una manera u otra, a la historicidad de la razón cognoscente, sino por su vinculación esencial a una estructura histórica. A diferencia de los conceptos formales de las ciencias del espíritu, los cuales, por su definición, pueden aplicarse a muy diversos fenómenos, los conceptos históricos no expresan más que una realidad determinada y carecen de sentido aplicados a otras realidades o contexturas históricas... Lo esencial de los conceptos históricos es... su concreción, el hecho de que son conceptos con un contenido determinado, cuyas últimas raíces se encuentran en conexiones históricas objetivas. O dicho de otra manera: los conceptos históricos no son formas desde las que desde fuera nos acerquemos a la realidad histórica para su comprensión, sino estructuras extraídas de esta misma realidad, sistematización y ordenación desde un punto de vista relevante de tendencias, tensiones, corrientes ideológicas, relaciones de sentido, valoraciones; en suma, de todo un mundo de significaciones que se da como singularidad concreta en un determinado momento del tiempo histórico".

Felipe González Vicén, *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 207-208.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. ¿Por qué la época de la Ilustración se cuenta como la Edad de Oro del Derecho natural en cuanto a producción literaria y expansión doctrinal?
2. ¿Qué razones pueden aducirse para explicar la ausencia de manuales de Derecho natural y de gentes en España durante el siglo XVIII? ¿Por qué se eligió a Heineccio como autor a seguir en las explicaciones de clase?
3. ¿Cómo se explica que tres filósofos Fichte, Schelling y Hegel se interesen por el Derecho natural e inicien una transición hacia Filosofía del Derecho?
4. ¿El cambio del Derecho natural a la Filosofía del Derecho obedeció sólo a una actitud metódica, o existen razones más profundas que lo justifiquen?
5. ¿Toda la Filosofía del Derecho es igual en cuanto a contenido, método, problemas etc. o se pueden distinguir más de una Filosofía del Derecho?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. ¿Se presenta la Filosofía del Derecho como como un fenómeno de ruptura frente a los modos de pensamiento representados por, como dice F. González Vicén, la tradición del Derecho natural?
2. Desde esta perspectiva la aparición de la expresión 'Filosofía del Derecho' no obedecería a ningún capricho, no podría explicarse como un simple fenómeno de sucesión de modas de pensamiento. A finales del primer cuarto del siglo XIX designaría ya una disciplina nueva surgida de un nuevo modo de abordar filosóficamente el fenómeno jurídico, con una específica percepción del objeto y de sus problemas teóricos, así como con una nueva actitud metódica. Igual que las de 'Estado', 'Economía política', 'Sociología', la expre-

sión 'Filosofía del Derecho' estaría saturada de sustancia histórica. ¿Se puede decir que la Filosofía del Derecho fue la expresión un brusco cambio de mentalidad que se inscribe en un proceso más amplio de reorganización del saber jurídico?

3. ¿Se puede afirmar que los términos Derecho natural y Filosofía del Derecho se utilizaron para designar "dos culturas jurídicas" enfrentadas de un modo radicalmente diverso de concebir e interpretar el universo jurídico?
4. ¿Es defendible la tesis: la Filosofía del Derecho se asentó sobre una conciencia crecientemente agudizada de la historicidad del universo social y cultural humano, que, desde finales del siglo XVIII se va abriendo paso frente al racionalismo propio de la Ilustración?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. **El Derecho natural se inicia en el siglo XVII y se consolida como disciplina académica en el siglo XVIII. Señala cuál de estas afirmaciones es falsa.**
   A. El primer titular de una cátedra de Derecho natural es GROCIO.
   B. La asignatura en el siglo XVIII contó con un buen número de romanistas entre sus autores.
   C. Los temas que se trataron fueron cada vez más amplios.
   D. La escuela moderna de Derecho natural es unitaria, sin discrepancias ni fisuras.
   E. La crisis de finales del siglo XVIII se debió a un exceso de confianza en razón.

2. **La transición del Derecho natural a la Filosofía del Derecho fue un proceso lento. Ordenar cronológicamente las siguientes afirmaciones.**
   A. Los juristas del siglo XVIII no encuentran en el Derecho natural las respuestas que necesitan.
   B. El proceso de modernización de Europa Occidental determinó el cambio del Derecho natural a la Filosofía del Derecho.
   C. La conciencia de la historicidad provoca que se vuelvan los ojos hacia el dato positivo, en lugar de la especulación iusnaturalista.
   D. El Derecho natural había caído en una especie de manierismo.
   E. La consolidación del Derecho positivo provocó una reacción contra el positivismo que se tradujo en la Filosofía del Derecho.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

(Deben contestarlos en una cara de un folio o en cinco minutos).

1. **Razona por qué el Derecho natural se agota en su capacidad de dar respuesta al mundo moderno.**
2. **El Derecho natural abarcó un gran número de cuestiones, porqué no supo tratar los temas que surgían en el Derecho patrio o de los Estados.**
3. **¿Qué razones encuentra para que los filósofos se hagan cargo de la reflexión sobre el Derecho, en lugar de los juristas?**

TEMA IV

LAS MATERIAS FILOSÓFICO-JURÍDICAS EN LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. La Filosofía del Derecho como instrumento formativo de un tipo de jurista.
II. El modelo de jurista actual.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La formación del jurista tiene que ser integral. El jurista que propugna la Filosofía del Derecho es aquel que tiene un agudo sentido crítico ante el Derecho vigente, que no es un mero aplicador mecánico de las normas, o que está deslumbrado por el poder de las nuevas tecnologías.

2. Ese tipo de jurista está imbuido de un conocimiento jurídico completo, tiene unas nociones básicas sobre todas las materias del *currículo* de jurista, pero además defiende un orden de valores ético-social fundamental.

3. Los planes de estudios fluctúan entre un tipo de jurista con formación integral y otro técnico especialista. Ambas tendencias se mantienen, ambas tienen aspectos positivos y aspectos negativos, lo importante no es optar por una o por otra, sino estar convencidos de la necesidad de tener buenos juristas.

4. El licenciado en Derecho debe ser un ciudadano capacitado para actuar como promotor del orden justo en la sociedad, más que como un simple operador incondicional del orden legal establecido.

5. La Filosofía del Derecho proporciona al jurista una formación más amplía, pues no se detiene en la atenta consideración de las instituciones o situaciones jurídicas en sí mismas, sino que busca el fundamento de todas esas situaciones o instituciones y se pregunta además por el qué es una persona física, jurídica o qué significa tener personalidad jurídica. En suma se pregunta por el qué y por qué, dejando de lado el cómo y el para qué.

3. LECTURA

"Si las facultades de Derecho deben comprender ambos fines en su órbita de acción, es un punto variamente resuelto. En general, existen varias tendencias: una que mira principalmente al interés científico, y trata de formar sabios, investigadores y hombres de ciencia; otra que propende con miras más modestas al interés profesional, y trata de formar jueces, funcionarios públicos, etc.; otra que circunscribe el fin de las facultades a dar cierta orientación general en estas materias a los alumnos, dotándoles de principios y métodos que luego la prácti-

ca se encargue de formar al abogado, al magistrado, al funcionario, etc.. y otra, en fin, que, distinguiendo Licenciatura y Doctorado, adjudica a la primera carácter profesional y práctico, y al segundo, carácter científico y teórico. La nota más extendida entre las diversas teorías formuladas es la de considerar nuestras facultades como centros de enseñanza superior más que escuelas profesionales".

FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Introducción al estudio de las instituciones de Derecho Romano*, Madrid, s.e. 1900, p. 9.

"...La reforma de los planes de estudios de la carrera de Derecho ha dado al traste con una ordenación de la enseñanza que proporcionó frutos magníficos durante más de un siglo en toda Europa. El noble ánimo de la reforma de cohonestar los estudios con la realidad, el mismo que inspiró a los juristas clásicos y a los glosadores, que representaron momentos estelares de la historia jurídica, ha querido que se reduzca el tiempo destinado a nuestros estudiantes, futuros abogados, jueces o fiscales, al aprendizaje del derecho romano, en beneficio de otras ramas, aparentemente más sustanciosas desde el punto de vista de la práctica inmediata del ejercicio profesional, pero cuyo aporte a su formación general como juristas es dudoso, comparado con el que les proporcionaría una sólida instrucción del tipo de la que hasta ahora han venido recibiendo".

CÉSAR RASCON GARCÍA, *Manual de Derecho Romano*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 13.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. ¿Por qué se busca una especialización, un saber poco de mucho, olvidando los aspectos fundamentales que sirven para formar un jurista más allá de la práctica?
2. Sin duda alguna el jurista práctico es necesario, pero ¿se le puede exigir más o no?
3. ¿Es necesaria la formación interdisciplinar de los futuros juristas, o vale con aprender bien las distintas ramas del Derecho?
4. ¿Qué significa cuestionarse por los fundamentos del sistema jurídico?
5. ¿Tiene sentido hoy día cuestionar a la luz de los principios jurídicos como la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo, el sistema jurídico vigente nacional o internacional?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Las facultades de derecho antes formaban juristas integrales, humanistas, ¿por qué ahora se están inclinando más por el especialista?
2. La escuela profesional facultad, da unas habilidades, enseña un saber hacer, las facultades de derecho deben intentar integrar la técnica con la preocupación por los fundamentos.
3. Las sucesivas reformas de planes de estudios, ¿han mejorado o empeorado la situación de la Filosofía del Derecho en la formación de los juristas?
4. ¿Sirven todas las materias nuevas para formar mejor y más profundamente al jurista?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. La tarea más difícil es formar a las personas. ¿Cómo piensa que debe ser la formación de un futuro jurista –juez, abogado, fiscal, notario, registrador, etc.-?

A. Una formación fundamental técnica.
B. Ofrecer unos conocimientos que capaciten para saber actuar en cada caso concreto.
C. Tener un equilibrio entre lo científico, práctico y teórico.
D. Concentrarse sólo en el análisis del fenómeno jurídico, nada más.

2. ¿Qué razones aduciría para llegar a formar un jurista integral?

A. La necesidad de la sociedad actual que es muy compleja.
B. La creciente globalización que obliga a la interdisciplinariedad.
C. Tener juristas que sean efectivos promotores de un Derecho justo en una sociedad justa.
D. El orden jurídico es suficiente para justificar toda la formación de los juristas.

3. ¿Señala los objetivos que tiene que perseguir la formación de un jurista integral?

A. Saberse todos los códigos normativos.
B. Conocer todos los procesos y procedimientos jurídicos.
C. Tener una visión reflexiva.
D. Capacidad para descubrir los problemas relativos a la justicia.
E. Capacidad crítica.
F. Tener un conocimiento amplio del Derecho de otros Estados.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

(Deben contestarlos en una cara de un folio o en cinco minutos).

1. **Explica las razones que deberían darse para cambiar los planes de estudios buscando una formación integral de los futuros juristas.**
2. **¿Por qué no es suficiente la formación actual para enfrentarse a todos los problemas jurídicos que surgen en la sociedad?**
3. **¿Qué razones daría para explicar por qué el Derecho muchas veces no responde a las exigencias de la sociedad, o va por detrás del cambio que se está produciendo?**

TEMA V

La Filosofía del Derecho como actividad racional sobre el Derecho

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. El carácter filosófico de la Filosofía del Derecho.
II. El carácter racional de la Filosofía del Derecho.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El rasgo diferenciador de la filosofía como modo de sabiduría es que se pregunta por el fundamento y el destino de una forma presencial, frente a otras formas de sabiduría que no tienen las mismas pretensiones.

2. La Filosofía del Derecho, como saber filosófico, busca explicar los fundamentos del orden jurídico establecido, para ella el dato empírico, la norma, la institución jurídica, o el acto jurídico, es sólo eso, un dato que debe llevar a remontarse hacia otros ámbitos que supone emitir un juicio a la luz de los principios de la justicia.

3. La Filosofía del Derecho completa la carencia del legislador en su tarea de elaborar leyes, del juez al interpretarla y aplicarla, de los asesores jurídicos al dictaminar sobre su alcance y significación, y de los ciudadanos al enfrentarse a la necesidad de obedecer las leyes, ofreciendo una explicación de las razones que tienen que mover a cada uno de los agentes a actuar de una forma. Y resuelve las angustiadas incertidumbres que germinan y se plantean inevitablemente en sus respectivas actividades profesionales.

4. Existen dos formas, ambas válidas, adecuadas y complementarias, de afrontar la Filosofía del Derecho. Desde la perspectiva del jurista y la del filósofo. Ambas responden a perspectivas y actitudes metódicas distintas, pero confluyen en un mismo punto: la búsqueda y la justificación de unos principios de justicia para asentar el orden jurídico en una sociedad justa.

5. La Filosofía del Derecho explicará de una forma universal y totalizante los fundamentos y supuestos sobre los que se asientan la dogmática jurídica, sobre los que se justifican las acciones de los agentes jurídicos, trascendiendo los datos que la realidad histórico-social ofrece.

3. LECTURA

"La Filosofía en sentido propio, la Filosofía pura o general, significa un apetito de integridad, es decir, la ciencia universal y absoluta, conocimiento autónomo y pantónomo, esto es, que no deriva su fundamentación de ningún otro, que es radical y primario, y que a su vez sirve de base y apoyo para la justificación de todos los demás conocimientos. En cambio, las ciencias particulares tajan un trozo del mundo en derredor y se mantienen entre problemas intermedios y secundarios. Ahora bien, cabría decir, empleando la palabra Filosofía traslaticiamente a una región del mundo considerada como totalidad unitaria, que la Filosofía del Derecho se hace de lo jurídico un problema total, sin detenerse entre las cuestiones concretas y particulares del Derecho, de las cuales se ocupan las ciencias jurídicas. Estas, las ciencias jurídicas, paran su atención en trozos del Derecho, limitados no sólo tempo-espacialmente, sino también por su criterio de clasificación; se desarrollan en delimitaciones provinciales de algo que llaman Derecho, pero no se paran a explicar en su integridad: su modo de conocimiento es secundario, no se fundamenta a sí mismo. La Filosofía del Derecho, en cambio, no se detiene en esos temas secundarios, y busca un panorama integral de lo jurídico, con su primero y su último plano, busca la verdad última y completa del Derecho, que no nos es dada por la Ciencias particulares de él; pues éstas nos expresan lo que es Derecho aquí y ahora o allá y entonces, pero no lo que es Derecho esencialmente y en cuanto de él quepa decir integralmente. La Filosofía del Derecho, aspira a un conocimiento primario de lo jurídico, que se funde a sí mismo plenamente, y que sirve de fundamento a las ciencias particulares del Derecho. Esa concepción de la Filosofía del Derecho responde, pues, a una aplicación del punto de vista filosófico al mundo de lo jurídico: toma el mundo de lo jurídico como un universo aparte e indaga sus problemas radicales. Es como una traducción en miniatura al campo de lo jurídico, de lo que la Filosofía hace con el universo entero: el apetito de plena integridad de ésta, lo proyecta limitadamente a un sector del mundo, a lo jurídico. La Filosofía pura quiere ser la ciencia universal y absoluta. La Filosofía del Derecho quiere ser la consideración universal y absoluta del mundo jurídico".

Luis Recasens Siches, *Los temas de la Filosofía del Derecho en perspectiva histórica y visión de futuro*, Barcelona, Bosch, 1934, pp. 137-138.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. La filosofía como modo de sabiduría supera a otros como la magia, el mito y la técnica, pero ¿en qué medida se puede mantener esta afirmación hoy día?
2. El avance de la técnica, de las ciencias, es muy importante. En el campo jurídico la técnica está imponiendo nuevas formas de entender las relaciones humanas. ¿Tiene cabida la Filosofía del Derecho en este mundo cada vez más dependiente del avance científico?
3. ¿Es posible mantener que la Filosofía del Derecho tiene utilidad para los juristas que están enredados con la práctica, con el día a día que muestra muchas veces un rostro esquivo y bifronte?
4. ¿Tiene sentido defender en la actualidad y en pleno siglo XXI un saber como la Filosofía del Derecho que tiene como fin justificar y llegar a la comprensión de todo el orden jurídico?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. ¿Existe contradicción entre las ciencias jurídicas particulares y la Filosofía del Derecho?
2. ¿Es posible mantener la pretensión de la Filosofía del Derecho como un saber universalizante sobre todo el Derecho?
3. ¿Podría decirse que la Filosofía del Derecho es una parte de toda la reflexión filosófica, o más bien es un saber autónomo porque su objeto es muy importante e independiente?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Señale las razones por las que la filosofía es distinta a los demás modos de sabiduría.

A. Por su particularidad.
B. Por la forma de preguntarse por el fundamento.
C. Por su carácter omnicomprensivo de la realidad.
D. Porque pretende una presencialidad radical.

2. Elija las razones por las que la Filosofía del Derecho es una parte de la filosofía y no una forma de hacer ciencia jurídica.

A. Por su intento de justificar y explicar todo el Derecho.
B. Por su carácter aporético y apodíctico.
C. Por su búsqueda y su explicitación de los fundamentos últimos sobre los que se asienta el orden normativo.
D. Por su capacidad para dar respuesta a los interrogantes no técnicos con los que juristas se encuentran.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

(Deben responderlos en una cara de un folio o en cinco minutos).

1. **Razone qué es más importante para la Filosofía del Derecho actual: ser un elemento más en todo el orden jurídico constituido, o bien reflexionar sobre esa realidad buscando la razón de ser de cada una de las normas.**
2. **Piense sobre un aspecto que es importante para la Filosofía del Derecho: tiene sentido estudiarla como una asignatura distinta a las otras, o más bien debe ser diluida entre todas las materias jurídicas siendo su parte general, como ocurre con el Derecho penal y el Derecho civil.**

TEMA VI

La Filosofía del Derecho como suma de conocimientos racionales sobre el Derecho

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. La noción de Filosofía del Derecho en la actualidad.
II: El Derecho justo dentro de las doctrinas filosóficas-jurídicas.
III. La justicia y la Filosofía del Derecho.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La Filosofía del Derecho designa una construcción teórica destinada a proporcionar una explicación sistemática del fenómeno jurídico en su dimensión de ser permanente y universal.

2. Existen diversas Filosofías del Derecho, esto es, diferentes formas de entender la justificación y fundamentación del orden jurídico, y esta realidad la constata la historia del pensamiento jurídico que muestra la existencia de construcciones sistemáticas diversas entre las que existen, a veces, diferencias y distancias casi insalvables.

3. La Filosofía del Derecho en la actualidad designa a cualquier sistema doctrinal, aunque sea débil, de conocimientos sobre el Derecho que haya sido elaborado desde un enfoque filosófico, mediante una reflexión conforme con alguna metodología filosófica, aunque sea poco formalizada. Esta idea se ha abierto paso siguiendo dos vías diferentes: el sistemático y el histórico.

4. Las grandes construcciones doctrinales sobre la Filosofía del Derecho son principalmente dos: el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Ambas no son corrientes unitarias, tienen dentro de sí una variedad amplia de tendencias y escuelas que matizan muchas veces sus contenidos.

5. Los planteamientos del iusnaturalismo y del iuspositivismo han ido variando en cuanto contenidos y aceptación a lo largo de la historia del desarrollo de la Filosofía del Derecho. No se puede decir que han sido siempre aceptados en su totalidad por todos, es más, históricamente se constata que ninguno de ellos ha dominado siempre y sobre todas las mentes de los juristas y filósofos.

6. La Filosofía del Derecho necesita buscar un sistema racional de conocimientos que aporte soluciones capaces de satisfacer en cada momento adecuadamente la aspiración, más bien se podría decir la lucha, de los hombres de todos los tiempos por una justicia que les redima del injusto capricho e interés de aquellos que pretendan someterlos a su dominadora opresión mediante el Derecho.

3. LECTURA

"La pretensión de llegar a ciertos principios o reglas de justicia cuya validez pueda establecerse como definitiva, como no sometida a ulterior discusión, constituye hoy una pretensión polémica, sujeta a crítica. Queda en pie, por supuesto, la competencia práctica de la razón; es decir, que entra dentro de dicha competencia la posibilidad de formular proposiciones sobre la rectitud de los juicios de valor y de las normas, cuya validez objetiva pueda ser contrastada a través de la observancia de ciertas reglas de discusión. Y también es cierto que para el desarrollo de dicha tarea se puede extraer datos singularmente relevantes de la consideración objetiva de la naturaleza humana y de la naturaleza de las cosas o de las instituciones sociales. Es más, a mi juicio revisten el mayor interés los intentos de delinear las condiciones de una situación hipotética de discusión racional que, asumida idealmente, nos permitiría enunciar no sólo fórmulas vacías, sino verdaderos principios materiales de justicia universalmente válidos, es decir, que habrían de ser tenidos en cuenta para la ordenación justa de cualquier sociedad. Sólo que tales principios habría que considerarlos como sometidos siempre al contraste racional y, por otro lado, únicamente nos proporcionarían unos puntos generales de referencia en el esfuerzo por encontrar soluciones justas a los problemas concretos que plantea la convivencia en cada sociedad histórica. Para esta tarea, que es la verdaderamente grave e importante, no contamos sin embargo con soluciones predeterminadas, sino tan sólo con nuestra capacidad racional discursiva, y al filósofo del Derecho le compete, ante todo, investigar las condiciones a que debe ajustarse la discusión racional para alcanzar soluciones válidas, así como poner de relieve críticamente la diferencia entre tales condiciones teóricas y aquéllas conforme a las que se adoptan las decisiones colectivas en la práctica real, dada la estructura de la sociedad".

José Delgado Pinto, *De nuevo sobre el problema del* Derecho natural, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, p. 33.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. ¿Es o no es la Filosofía del Derecho una reflexión sistemática sobre el Derecho?
2. La reflexión filosófica sobre el Derecho, ¿ha sido unitaria, siempre se ha seguido las mismas pautas o por el contrario ha sido diversa y variada?
3. ¿Son las grandes corrientes de pensamiento jurídico sistemas cerrados o abiertos? ¿Admiten o no tendencias que desarrollan más una parte de sus postulados que otros?
4. ¿Pretenden ambas corrientes una formulación de un Derecho justo, eterno y siempre vigente?
5. ¿Es función y tarea de la Filosofía del Derecho elaborar una posible justificación o legitimación del Derecho vigente como instrumento básico para la ordenación justa de la convivencia social?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. ¿Se pueden formular principios fundamentales válidos para todos los sistemas jurídicos vigentes?
2. ¿Piensa que la pretensión de alcanzar principios de justicia válidos en todo tiempo y lugar es una vana ilusión, o debe ser una tendencia humana irrenunciable?

3. ¿Cree que se ha llegado a dar fórmulas vacías de todo contenido y de toda practicidad como sustitutivos de principios generales y fundamentadores del Derecho?
4. ¿Es posible llegar a encontrar soluciones justas a los problemas concretos que se plantean en la vida diaria?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Señala qué afirmaciones sobre la pretensión del iusnaturalismo son falsas.

A. Es una corriente que busca fundamentar el Derecho positivo en sí mismo.
B. Su intención es formular unos principios morales universalmente válidos.
C. Busca unos principios de justicia que sean válidos para todos.
D. Su indagación es empírica y no asequible a la razón.

2. Señala qué es verdadero referido al iuspositivismo.

A. Los principios legitimadores del Derecho vienen dados por el mismo Derecho.
B. La sociedad condiciona las formas e instituciones jurídicas.
C. El tiempo y el lugar son fundamentales para entender el carácter trascendente del Derecho.
D. Lo que pretende buscar la justicia es sólo un Derecho que sea válido para la sociedad.

3. La Filosofía del Derecho tiene que tener la pretensión de:

A. Ofrecer principios de justicia.
B. Tener un sistema de conocimientos racionales sobre el Derecho.
C. Ser una reflexión sobre el Derecho.
D. Elaborar una justificación del Derecho positivo.
E. Ser un instrumento al servicio de los jueces para interpretar el Derecho.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

(Deben contestarlos en una cara de un folio o en cinco minutos).

1. **¿Se puede decir que el Filosofía del Derecho actual tiene un tema prioritario del que ocuparse? Explique cuál es y por qué.**

2. **¿Es posible admitir la existencia de iusnaturalismo actualmente?**

3. **Razone por qué se da un incremento en la Filosofía del Derecho de posiciones iuspositivistas.**

TEMA VII

Perfil temático de la Filosofía del Derecho

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Temas o problemas de los que se ocupa la Filosofía del Derecho.
II. Perfiles temáticos asignados a la Filosofía del Derecho.
III. Balance de las propuestas recogidas.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La enumeración más o menos ordenada de temas sobre los que han tratado los filósofos del Derecho son muchos, pero todos ellos se pueden reconducir a parcelas más amplias que englobarán aspectos incluidos en la relación.

2. Las opiniones sobre cuál es el contenido propio de la Filosofía del Derecho son muchas tanto en los autores clásicos, como en los modernos. La falta de acuerdo es relativa, pues una gran mayoría admite que el contenido básico de la Filosofía del Derecho se corresponde con la teoría del conocimiento jurídico, la teoría fundamental del Derecho y la teoría del Derecho justo.

3. Las discrepancias se deben a que en la actualidad existe un auténtico pluralismo cultural, filosófico, científico y ético que condiciona al autor desde su peculiar posición la visión que tenga de toda la Filosofía del Derecho. Este pluralismo ha contribuido a enriquecer y ampliar los límites de la Filosofía del Derecho.

4. La ampliación del campo temático de la Filosofía del Derecho ha llevado a que esta asignatura no se convierta en un saber arqueológico cuyo único valor sea la vetustez del objeto que trata.

5. La incursión de la Filosofía del Derecho en un conocimiento de la realidad histórica que le permite conocer las opiniones anteriores, y en una realidad social, que es la sociología del Derecho, que le lleva a entender el espacio en el que el Derecho se da, surge, se aplica y se transforma, ha determinado que los temas y problemas de la Filosofía del Derecho sean más amplios y enriquecedores para los juristas.

3. LECTURA

"Con los problemas de la Filosofía del Derecho ocurre algo verdaderamente singular. Mientras que las demás disciplinas jurídicas, a pesar de las múltiples formas de estructurar-

las, disponen por lo menos de un objeto fijo, en cuyo tratamiento consisten, quien asista a la prelecciones de la Filosofía del Derecho o lea diversos libros con tal título, se encuentra con relativa frecuencia que, en cada caso, se enfrenta con una materia totalmente distinta... (entre los cultivadores de la disciplina) el uno enseña Historia de la Filosofía del Derecho y demuestra cómo en diversos tiempos surgieron y fueron discutidas cuestiones muy dispares. Un segundo, proyecta un orden jurídico ideal, que configura, bien partiendo de la creación divina, bien de la naturaleza del hombre. Un tercero muestra las conexiones históricas después de las que el Derecho actual ha surgido y lo presenta después como una creación del espíritu del pueblo. Un cuarto recurre a la comparación de los derechos de diversos pueblos, y, con los resultados obtenidos, desarrolla una Historia Universal del Derecho. Un quinto dirige su mirada a los presupuestos psicológicos que han conducido al nacimiento del Derecho, que garantizan su validez y dan ocasión a que los hombres ordenen conforme a él su conducta. Un sexto ve en el Derecho, con buen fundamento, la forma de comunidad social y considera que su tarea consiste en la explicación de los fenómenos sociales que han encontrado su plasmación en el Derecho. Un séptimo investiga los métodos de que se sirve la Ciencia del Derecho para así dominar la casi inabordable multitud de manifestaciones importantes de la vida jurídica en un sistema sintético de conceptos jurídicos generales que se repiten en todas las disciplinas jurídicas y que por ello mismo parecen susceptibles de un tratamiento común e independiente".

A. Graf zu Dohna, "Kernprobleme der Rechtsphilosophie", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XXXIII, 1939-1940, p. 57.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. Es indudable que el pluralismo ha determinado una expansión de los problemas y temas de la Filosofía del Derecho. ¿Son todos adecuados para una reflexión filosófica?
2. ¿Se puede decir que la Filosofía del Derecho en su pretensión de abarcar la totalidad del fenómeno jurídico ha invadido terrenos que no le son propios?
3. ¿Sería posible reconducir los temas y problemas propios de la Filosofía del Derecho a un número menor y más significativo?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. ¿Se puede decir que la situación es la que describe la lectura?
2. ¿Es posible afirmar que el pluralismo sea negativo para el desarrollo de la Filosofía del Derecho?
3. ¿Hay que caer en un escepticismo sobre la posibilidad de la Filosofía del Derecho, o más bien en una actitud ecléctica que no lleve a nada más que a un desfonde intelectual?
4. ¿Es posible tener una Filosofía del Derecho con un perfil definido?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Señala qué afirmación no encajaría en las ideas que se defienden en el capítulo.

A. La Filosofía del Derecho es la propia reflexión filosófica referida al Derecho.
B. La Filosofía del Derecho es un conocimiento histórico de los autores.
C. Las opiniones de otros es el objeto propio de la Filosofía del Derecho.
D. La Filosofía del Derecho es un saber autónomo y omnicomprensivo.

2. ¿Qué problemas tiene que resolver la filosofía en la vida del hombre?

A. Los que plantea la propia actividad pensante del sujeto cognoscente.
B. Los que derivan de la sociología y de historia individual.
C. Los que tienen que ver con su existencia real en la sociedad.
D. Los que surgen de su responsabilidad como sujeto responsable de sus actos.
E. Los derivados de las imposiciones políticas.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

(Deben contestarlos en una cara de un folio o en cinco minutos).

1. **Se ha dicho muchas veces que la Filosofía del Derecho abarca la totalidad del ordenamiento jurídico. ¿Es esto falso o verdadero?**
2. **¿Se podrían introducir como partes de los problemas y temas de la Filosofía del Derecho la Historia de la Filosofía del Derecho y la Sociología Jurídica?**
3. **Explica qué parte de las tres en las que más o menos están de acuerdo los autores es más importante, para usted.**

TEMA VIII

CRISIS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. El problema de la existencia de la Filosofía del Derecho.
II. La crisis de la Filosofía del Derecho.
III. La superación de la crisis de la Filosofía del Derecho.
IV. El desarrollo de la Filosofía del Derecho.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La cuestión de la existencia de la Filosofía del Derecho viene condicionada por otros elementos ajenos a la propia asignatura. De un lado, el proceso creciente de cientificización del Derecho. De otro, la pérdida de sentido de la filosofía como actividad intelectual.

2. Esa crisis que afecta a toda la filosofía, salpicó y salpica a la Filosofía del Derecho. Además, las tendencias que luchaban por buscar unos fundamentos al Derecho, iusnaturalismo y positivismo, han agrandado y profundizado en la crisis hasta casi cuestionar su existencia.

3. Superada la tensión dialéctica entre ambas tendencias, y establecido un cierto acuerdo entre ellas, la beneficiada por esta situación ha sido la Filosofía del Derecho que ha visto reforzada y ampliada su presencia.

4. Se afirma por tanto no sólo la existencia de la Filosofía del Derecho como una actividad intelectual más, sino su necesidad ineludible para el desarrollo de la Ciencia Jurídica en general.

3. LECTURA

"Nuestra disciplina (la Filosofía del Derecho) ocupa, pues, un lugar intermedio entre la Filosofía general y las ciencias particulares respectivas: Jurisprudencia, teoría del Estado, Sociología. Y es de notar que echa hondas raíces en uno y otro dominio. Por de pronto se ha de enraizar en la Filosofía; no siendo así no puede garantizarse la unidad ni la ausencia de contradicción de sus conocimientos. Pero, de otra parte, ha de ser prolongada hasta las ciencias particulares; de otro modo no es posible que sea completa la concepción del Derecho, del Estado y de la Sociedad. En cualquiera de los dos casos faltaría la requerida universalidad. Esa doble perspectiva aumenta su valor: de un parte, contacto con los ideales; de otra, utilización para la vida. Por eso es doblemente atractivo, útil y necesario ocuparse de ella: los ideales descienden hasta la vida, pero, a su vez, la vida se orienta hacia los ideales.

La Filosofía del Derecho, del Estado y de la Sociedad es, pues, una rama de la Filosofía general y suministra, al mismo tiempo, el fundamento de la Jurisprudencia, de la Teoría del Estado, de la Sociología y de la Economía. Toda discusión sobre cuestiones jurídicas, sociales o económicas fundamentales ha de resolverse en definitiva sólo dentro del marco de nuestra disciplina. Cualquier otro intento de solución que quiera tener lugar dentro del estrecho ámbito de una ciencia particular no será más que una resolución dilatoria, sin autoridad de cosa juzgada, por lo que el litigio renacerá en cualquier momento.

Se plantea, pues, la siguiente necesidad: dar a conocer a los positivistas –que aún hoy son mayoría entre los juristas, sociológicos y economistas- las grandes conexiones de su especialidad con la disciplina filosófica correspondiente. La consecuencia necesaria no sólo es una labor más fecunda en la profesión, sino también una utilidad sustancial para sí mismo, para sus conciudadanos, para su pueblo y para la humanidad".

WILHELM SAUER, *Filosofía Jurídica y Social*, Barcelona, Labor, 1933, p. 2. Traducción de Luis Legaz Lacambra.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. ¿Es el positivismo una forma de filosofía, o simplemente un método de investigacion?
2. ¿La crisis de la filosofía vino determinada por un agotamiento de su contenido, o por una incapacidad para responder a los problemas que se planteaban en la historia?
3. ¿Por qué se reaccionó contra los postulados positivistas?
4. ¿Qué dimensión se le puede asignar a la Filosofía del Derecho como reflexión sobre el Derecho?
5. ¿Puede existir un tipo de conocimiento que se califique como Filosofía del Derecho?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. La Filosofía del Derecho ocupa un lugar intermedio en el conjunto de saberes jurídicos y filosóficos. Pero ¿tiene que ver con otras ramas del saber que no son estrictamente jurídicas y filosóficas?
2. ¿Es connatural el carácter problemático de la Filosofía del Derecho?
3. ¿Tiene que estar sometida a un continuo debate, a una continua transformación y mejora?
4. ¿Existe la necesidad de cultivar la Filosofía del Derecho?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. ¿Por qué es constatable históricamente la existencia de la Filosofía del Derecho?

A. Porque los hombres lo han querido así.
B. Porque la reflexión sobre los fundamentos del Derecho ocupó la mente de los filósofos y juristas.
C. Porque en un momento comenzó la andadura de esta disciplina con un contenido determinado.

2. ¿Existen uno grupo de temas y problemas propios de la Filosofía del Derecho?

A. Los problemas son comunes a todas las ramas del Derecho.
B. Existen problemas en el horizonte de la reflexión humana que son propios de la Filosofía del Derecho.
C. Las muchas preguntas que origina el Derecho constituyen un núcleo de problemas de los que tiene que ocuparse la Filosofía del Derecho.

3. ¿La existencia de la Filosofía del Derecho implica la necesidad?

A. La existencia es contingente, y hoy existe y mañana no.
B. Los problemas que aborda la Filosofía del Derecho son tangenciales, por tanto desaparecen con el tiempo.
C. Es necesaria su existencia porque hay problemas que ninguna otra ciencia puede resolver con sus instrumentos y métodos.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

(Deben contestarlos en una cara de un folio o en cinco minutos).

1. ¿Existe o no la Filosofía del Derecho? Responda dando dos argumentos a favor y otros dos en contra.
2. ¿Es necesario que se imparta una asignatura como la Filosofía del Derecho? Contraponga los argumentos.
3. ¿Los temas de la Filosofía del Derecho con fundamentales para el Derecho, o más bien se pueden obviar?

TEMA IX

SENTIDO ACTUAL Y FUTURO DE LAS ENSEÑANZAS IUSFILOSÓFICAS

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. La posición de la Filosofía del Derecho en los planes de estudios actuales.
II. Un futuro necesario para la Filosofía del Derecho.
III. La teoría de la justicia como centro de reflexión de la Filosofía del Derecho.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. Los vaivenes sufridos por la Filosofía del Derecho y su progresiva desaparición del ámbito académico se debe a la falta de capacidad persuasiva de los iusfilósofos para *vender* su contenido y mostrar su necesidad.

2. Afortunadamente los planes de estudios de la Universidad española siguen incluyendo la enseñanza de la Filosofía del Derecho en el segundo ciclo, pero muy mermada de contenidos y tiempo.

3. Los problemas que trata la Filosofía del Derecho se orientan fundamentalmente a la constitución de una sociedad justa que se pregunta, por ejemplo, cómo tienen que ser las relaciones de intercambio entre iguales, entre particulares, para determinar lo que es de cada uno, lo que le corresponde.

4. La concentración de la temática en la búsqueda de un Derecho justo que propicie la existencia de una sociedad justa es un camino posible que dibujará un futuro esperanzador a la Filosofía del Derecho.

3. LECTURA

"... Es precisamente el primer año en que se reduce la Filosofía del Derecho y deja de ser, como en nuestra reciente historia siempre ha sido y como debiera haber seguido siendo, asignatura anual: nueve meses –está comprobado- es buen tiempo para engendrar, formar y sacar a la luz algo que realmente valga la pena. Por ello en su día me enfrenté –pacíficamente- a los gestores tecnócratas y juristas pragmáticos y/o neoformalistas dentro del Consejo de Universidades y fuera de él, pero fracasé –como tantas otras veces- y no logré evitar tan nefasta reducción. Quizás éste era ya un síntoma más del distanciamiento de ciertos influyentes sectores respecto de la filosofía y de los estudios humanísticos".

ELÍAS DIAZ GARCÍA, *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

"(El Derecho natural) trata de un asunto polémico, que tiene tras de sí una larga tradición de la que algunas ideas siguen siendo plenamente válidas mientras que otras hay que conside-

rarlas como caducas o, al menos, sometidas a controversia. Y concebida así, situada tal vez al final de la licenciatura, sea con el nombre de Derecho natural o con otro título, creo que no sólo no debe desaparecer, sino que es indispensable en la Facultad de Derecho. Pues ... la temática que en ella se debate es de la máxima importancia. Lo es para la sociedad en general, pues se discute si la eterna aspiración humana a la justicia no pasa de ser una ilusión irracional o, por el contrario, puede concretarse en resultados racionalmente fundamentales. Y lo es también muy específicamente para los juristas, pues la solución que se dé a ese problema condiciona de manera decisiva el concepto de Derecho y el modo de entender la función social de los juristas y de la ciencia jurídica".

José Delgado Pinto, *De nuevo sobre el* Derecho natural, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, p. 34.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. ¿Por qué ha ido perdiendo protagonismo en la formación de juristas la Filosofía del Derecho?
2. ¿Es posible admitir que una profunda investigación sobre la justicia y el Derecho justo constituye un futuro posible para la Filosofía del Derecho?
3. ¿Constituyen los derechos humanos un tema fundamental para la Filosofía del Derecho?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. ¿Tiene sentido reducir el tiempo de enseñanza de la Filosofía del Derecho?
2. ¿Encuentra adecuado afirmar que es necesario enseñar asignaturas no positivas en la Licenciatura de Derecho?
3. ¿Puede otra disciplina enseñar el contenido de las materias iusfilosóficas?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Señale los aspectos que le parecen más importantes para justificar la existencia de la Filosofía del Derecho.

A. Es una materia especial que toca aspectos del Derecho que nadie estudia.
B. Los derechos humanos constituyen un asunto fundamental dentro de la temática de la Filosofía del Derecho.
C. La justicia es un ideal irrealizable, por eso no se puede estudiar.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

(Deben contestarlos en una cara de un folio o en cinco minutos).

1. **¿Por qué la Filosofía del Derecho debe concentrarse en la justicia?**
2. **¿Puede la Filosofía del Derecho sola construir una teoría de la justicia capaz de tener un carácter universal?**
3. **¿Los derechos humanos son reales o sólo simple declaración de intenciones o retóricas?**

TEMA X

NECESIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Sentido de la Filosofía del Derecho en la formación de los juristas.
II. La actitud crítica que se aprende en la Filosofía del Derecho.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. Los juristas deben adquirir a través de su formación el convencimiento vital de que el Derecho no es un instrumento totalmente neutro y aséptico, que se puede manipular con total libertad para conseguir cualesquiera objetivos que se persigan, sin importar los medios necesarios para conseguir el fin que se propongan.

2. Es necesario desarrollar en los futuros juristas una actitud crítica, reflexiva, que les permita descubrir en cada momento el juego de intereses que los conflictos enmascaran, y que muchas veces se convierten en legalidad.

3. La Filosofía del Derecho no es una asignatura, una rama del saber jurídico de segundo nivel que tenga por objeto el razonamiento jurídico ordinario, sino que ella misma es el nervio fundamental de la reflexión sobre el Derecho.

4. La Filosofía del Derecho cumple una función educativa de primer orden que no puede verse reemplazada por ninguna otra ciencia particular del Derecho, ni por los saberes afines y próximos como la filosofía moral y política.

5. La Filosofía del Derecho puede y debe asumir el inevitable compromiso de ampliar y profundizar el horizonte cultural de los estudiantes de Derecho y su estrecha visión especializada, para hacerles ver que el fenómeno jurídico no es una realidad autónoma y segregada de las otras realidades sociales, sino que tiene múltiples implicaciones con todos los sectores básicos de la experiencia humana.

3. LECTURA

"La Filosofía del Derecho y la del Estado son tratadas aquí –contra lo que en parte ocurría todavía en la primera edición- en una perspectiva plenamente unitaria. No son dos disciplinas distintas aunque estrechamente unidas entre sí, sino, en definitiva, una sola. Su objeto unitario es el pueblo en cuanto comunidad política en su orden jurídico. Una concepción fundamentalmente distinta no es posible más que desde el punto de vista iusnaturalista. Para éste, el Derecho es el *prius* lógico tanto del Estado cuanto del pueblo, y el Estado, simplemente

una entre varias formas posibles de realización del Derecho. Pero sólo hay Derecho allí donde hay una comunidad que ordena su existencia y la vida de sus miembros según una imagen de la justicia y allí donde, aunque no un Estado, existe por lo menos una tendencia hacia una forma estatal, una voluntad política. La plena desconexión entre el Derecho y la comunidad que lo sustenta, y entre el Estado y su orden jurídico, pertenece a un tipo mental que *históricamente* logró afirmarse sólo por poco tiempo. ¿Quién en verdad osaría, en la Politeia de PLATÓN, en el *Contrat social* de ROUSSEAU, en la *Rechtsphilosophie* de HEGEL, o en las doctrinas de la escuela histórica, aislar una parte integrante de índole filosófico jurídica respecto de otra de carácter filosófico estatal? Una concepción, una imagen de la justicia, una idea de la comunidad o del pueblo, determinan tanto la concepción del Derecho como la del Estado. Ciertamente, unas veces el Derecho y otras el Estado o la comunidad política, destacan más en primer plano, pero un desdoblamiento de esta exposición en una parte filosófico-jurídica y otra filosófico-estatal no haría más que dislocar cosas íntimamente trabadas, enturbiando la visión de conjunto. Es en verdad una de las propiedades típicas del desenvolvimiento indicado el que en sus primeras etapas, esto es, en el neokantismo y en la fenomenología, la problemática filosófico-estatal retrocediera tras la problemática metódica de la ciencia jurídica".

KARL LARENZ, *La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1942, pp. 29-30. Trad. de E. Galán Gutiérrez y A. Truyol Serra.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. La formación del jurista tiene que ser una adecuada combinación entre adiestramiento técnico para ofrecer un servicio al cliente, o desarrollar con rigor la profesión de agente jurídico, y también de principios sobre los que asentar los razonamientos que justifiquen sus decisiones.
2. La Filosofía del Derecho está llamada a ocupar esa parcela de la formación del jurista. La dificultad que entraña en la actualidad es que no encuentra entre los estudiantes una recepción adecuada dado el bajo nivel de formación filosófica que tienen.
3. No obstante, hay que esforzarse por mostrar cuáles son los fundamentos del derecho y cómo desde una perspectiva filosófica puede entenderse mejor por qué una institución tiene ese sesgo, o por qué una ley trata de proteger un bien determinado.

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. El autor ve como necesaria la unión entre Filosofía del Derecho y filosofía política ¿Es así en la actualidad? ¿Se necesita una filosofía política para poder avanzar en el conocimiento del pensamiento jurídico?
2. ¿Es la Filosofía del Derecho una rama de la filosofía esclava o deudora de otras ramas filosóficas con las que tiene que contar necesariamente para su desarrollo?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. ¿Trasciende la Filosofía del Derecho en su contenido y en sus enseñanzas la dimensión real y concreta del ordenamiento?

A. La Filosofía del Derecho es reo del ordenamiento y no puede olvidarse de él.
B. Trascender el ordenamiento no es objeto de la Filosofía del Derecho.

C. Sí lo trasciende ofreciendo unos principios de justicia.

2. ¿Cómo concibe la Filosofía del Derecho los problemas jurídicos cotidianos?

A. Como principios básicos de los derechos humanos.
B. Como ataques a las libertades públicas.
C. Bajo la especie de totalidad ofreciendo una visión de conjunto.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

(Deben contestarlos en una cara de un folio o en cinco minutos).

1. **¿Tiene la Filosofía del Derecho un papel fundamental en la formación del jurista? Exponga los argumentos a favor y en contra.**
2. **¿Es verdad que la Filosofía del Derecho ofrece una visión global del Derecho? ¿Por qué y cómo?**

SEGUNDA PARTE

FENOMENOLOGÍA JURÍDICA

MILAGROS OTERO PARGA. *Universidad de Santiago de Compostela*

TEMA XI

FENOMENOLOGÍA Y FENOMENOLOGÍA JURÍDICA

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Génesis y surgimiento histórico de la fenomenología.
   A) Fenomenología pre-husserliana.
   B) Fenomenología de E. Husserl.
II. Fenomenología jurídica.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La fenomenología es una ciencia que se refiere a lo que se nos aparece, a lo que se muestra a la mente. Surge en el tránsito de los siglos XIX al XX. En su metodología se abstiene de un exceso de especulación limitándose, por el contrario, a describir la idea de las apariencias directas. Para aplicarla hay que situarse fuera de cualquier apariencia, a fin de no estar influido por ninguna suposición de que los hechos deberían ser de una manera determinada.

2. La fenomenología como ciencia alcanza su máxima difusión con Edmund HUSSERL (1859-1938). Sin embargo con anterioridad a él, ya se habían planteado algunas cuestiones encaminadas al surgimiento de esta ciencia tal y como hoy la entendemos.

3. El movimiento fenomenológico no se reduce únicamente al ámbito del Derecho. Incluso podría afirmarse que la fenomenología jurídica constituye una visión propia y particular de este movimiento, con peculiariedades concretas.

4. La fenomenología supone un enfrentamiento total con el positivismo imperante en el siglo XIX. Afirma, entre otras cosas, que existe una gran cantidad de objetos inasequibles, imposibles de comprender, aprehender o explicar por la mente positivista. La visión restrictiva y empobrecedora de los movimientos positivistas, queda así superada.

5. Una de las fundamentales preocupaciones de la fenomenología es la búsqueda de la "esencia de las cosas", en tanto en cuanto esta ciencia entiende que éstas son ideas "a priori" y como tales, se manifiestan con anterioridad e independencia de los hechos. Por lo tanto no pueden estar, en absoluto, influidas por

éstos. La forma de alcanzar el conocimiento de la "esencia" es alejándose del objeto o del concepto y absteniéndose, consecuentemente, de cualquier juicio previo sobre el mismo.

6. El representante de esta ciencia en el mundo jurídico fue Adolf REINACH (1883-1917). Discípulo de HUSSERL mantuvo el espíritu de su maestro, especialmente referido al ámbito de la Filosofía del Derecho. Trató de buscar tanto las normas como las relaciones jurídicas esenciales. En el mismo marco se ocupó de problemas como la universalidad e impersonalidad de las normas que, según su modo de entender, no eran cualidades sinónimas de generalidad.

7. Los conceptos o ideas "a priori" que según REINACH precisan de una fundamentación fenomenológica son: la promesa, la propiedad, la posesión y la representación. La aplicación de su trabajo al mundo del Derecho, con ser importante, no fue muy útil, ya que tanto los conceptos como las leyes que proporciona la fenomenología, no constituyen el supuesto general de la ciencia del Derecho positivo.

3. LECTURA

1. "Los objetos ideales no deben confundirse con los actos psíquicos que los piensan, pues estos, los actos que los aprehenden, constituyen realidades temporales, procesos concretos de pensamiento"."El profesor Adolf REINACH, discípulo de HUSSERL, publicó en 1913 una obra titulada "Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil". En ella afirma que "a base de sencillos análisis de la doctrina apriorística del Derecho, nace para la ciencia del Derecho positivo la tarea de construir una doctrina general de los derechos de contenido condicionado y de investigar su estructuración especial en las instituciones singulares que se ordenan dentro de este concepto"(p. 112)

2. "Es evidente que nadie puede asumir de otro o transferir a otro, más obligaciones de las que existen en la persona del transferente. De la asunción y de la transferencia de obligaciones ya existentes distinguimos el imponer y el tomar sobre sí obligaciones que no necesitan existir del lado del imponente. Es de evidencia que el imponer obligaciones se halla en analogía al conceder derechos. Pero mientras esta concesión presupone una existencia de derechos de la misma especie en la persona del concedente, no vale lo correlativo para la imposición de obligaciones. Nadie necesita tener él mismo las obligaciones que impone a otros"(p. 130).

REINACH, Adolf.: *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1934.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. La formación actual que se está proporcionando en las facultades de Derecho adolece gravemente de falta de contenidos tanto humanísticos como, en general, axiológicos. El futuro de la enseñanza ya desde la educación secundaria, no parece que tenga previsto que se produzca un cambio significativo en este orden de cosas.

   ¿Sabría decir cuales son, a su parecer, las razones de esta actitud?

2. La fenomenología es una ciencia cuyo método busca las apariencias directas. Lo que se muestra apartándose, para ello, de cualquier idea preconcebida a la hora de proceder al estudio de cualquier concepto.

¿Qué finalidad persigue la utilización de este método?

3. Algunos estudiosos de la fenomenología Husserliana afirman que lo que los fenomenólogos del Derecho han realizado, no se corresponde exactamente con lo que la fenomenología reclama dentro de la filosofía general.

   ¿Podría aportar su visión personal sobre este extremo?

4. Es conocida la afirmación de que la Filosofía de HUSSERL supone en sí misma, la superación no sólo del positivismo imperante en el siglo XIX, sino también del relativismo e incluso escepticismo que puede ser consecuencia de ello. Para el psicologismo y demás corrientes que compartían su método o forma de trabajo, las leyes jurídicas no son en realidad más que una consecuencia de la mente humana y de los hábitos del espíritu. Pueden ser, por ese motivo, tan cambiantes como esas circunstancias determinen.

   ¿Qué opinión le merece a HUSSERL esta afirmación?

5. Una de las preocupaciones constantemente manifestadas por la fenomenología, es alcanzar la contemplación de la "esencia". Esto es, prescindir de todo aquello que resulte superfluo y concentrarse, por el contrario, en la búsqueda de lo inalterable y permanente.

   ¿De qué manera se alcanza este objetivo?

6. Adolf REINACH fue discípulo directo de HUSSERL. De él su propio maestro dijo que se había convertido en un referente esencial para el estudio de la fenomenología aplicada al mundo del Derecho.

   ¿Cual es el título de su obra fundamental en el ámbito jurídico? ¿Qué pretendía buscar a través de ella?

7. En el estudio que REINACH realiza de las maneras a través de las cuales el ser humano puede relacionarse con las cosas, establece una serie de disquisiciones que le llevan a concluir sobre cual es la fuente originaria de todos los poderes jurídicos?

   ¿Sabría decir cuál es el Derecho que menciona?

8. Una de las críticas más duras que ha recibido la aplicación que REINACH hace para el mundo jurídico de la fenomenología husserliana, se concreta en la afirmación de su "falta de utilidad".

   Razone la crítica y exponga su opinión sobre la misma.

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Dice REINACH en su obra *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, "es sabido cuan frecuentemente se habla en la jurisprudencia de proposiciones que sin ser Derecho escrito "se sobreentienden por sí mismas" o "derivan de la naturaleza de las cosas", y que hay más giros semejantes. Con mucho, las más veces, aquí no se trata, como se ha creído, de proposiciones cuya conveniencia o cuya justicia se comprendan sin más discurso, sino de legalidades de la doctrina apriorística del Derecho. Realmente son proposiciones que derivan de la "naturaleza" de los conceptos en cuestión".

   ¿Quiere esto decir que en su labor juzgadora el juez utiliza o tiene que utilizar elementos distintos que la ley positiva? Si es así, ¿de qué manera encajarían aquí los postulados de la ciencia jurídica fenomenológica?

2. REINACH habla en su obra de que existen en el mundo jurídico derechos y obligaciones con un funcionamiento distinto.

   ¿Podría comentar y ampliar esta idea tomando como base el pensamiento de este autor?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Con anterioridad a la aparición de la figura de Edmundo HUSSERL se habían producido algunos intentos, más o menos aislados, que anunciaban el surgimiento de la fenomenología tal y como hoy en día se concibe. Ordene por orden cronológico las siguientes posibilidades.

a) Semiótica
b) Aleitología
c) Fenomenología y
d) Dianoiología

2. La fenomenología supone una forma determinada de hacer ciencia, con aplicaciones inicialmente ajenas al mundo jurídico que, más tarde, con el surgimiento del pensamiento de Adolf REINACH, aportan una visión jurídica digna de ser tenida en cuenta. Su formulación ¿coincide con alguna de las posibilidades que a continuación se relatan?

a) Escuelas positivistas
b) Relativismo filosófico
c) Nihilismo
d) Psicologismo

3. Para alcanzar cualquier tipo de conocimiento se precisa la adopción de un método de trabajo que conduzca al estudioso del mismo, al resultado buscado. A esta exigencia no se sustrae ni la corriente fenomenológica en general, ni la fenomenología jurídica en particular. Sabría usted decir qué método utiliza fundamentalmente para sus pesquisas.

a) Método deductivo
b) Método inductivo
c) Método analógico
d) Método semiótico
e) Epojé

4. REINACH en su obra *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil* trató de estudiar los conceptos o ideas a priori que necesitan de una fundamentación fenomenológica. Para ello se basó en una serie de instituciones jurídicas. De la lista que se proporciona a continuación, deseche aquellas que no fueron por él estudiadas en ese momento.

a) Promesa
b) Sura
c) Propiedad
d) Posesión
e) Robo
f) Hurto
g) Representación
h) Donación
i) Letra de cambio

5. **La aplicación que hizo REINACH de la filosofía fenomenológica al mundo jurídico no sólo fue conocida por HUSSERL antes de su muerte, sino que además fue calificada por él como obra imprescindible para un análisis del Derecho fenomenológicamente correcto.**

   ¿Podría usted decir cómo fue entendida con posterioridad la aplicabilidad al Derecho, de esta forma de concebir su realización?

   a) Muy útil
   b) Poco útil
   c) Absolutamente inútil
   d) Indiferente para el derecho

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. La fenomenología es una ciencia que busca el conocimiento a través de la aprehensión de la "esencia", de las ideas "a priori". Para lograr este objetivo prescinde de cualquier clase de idea preconcebida sobre el objeto, concepto o institución objeto de estudio.

   ¿Podría explicar brevemente cómo consigue esta ciencia su objetivo?

2. En el actual sistema educativo, se ha dudado en muchas ocasiones del papel que puede tener la filosofía en la formación de un individuo. Este problema se ha trasladado al ámbito de lo jurídico y, en cierta manera, los resultados obtenidos se asemejan. La Filosofía del derecho realiza un estudio sobre el derecho, enfocándolo desde una perspectiva universal.

   ¿Podría proporcionar argumentos en torno al papel de la Filosofía jurídica dentro del ámbito del Derecho y, específicamente, en relación con la formación en las Facultades de Derecho?

3. La fenomenología es una ciencia que se refiere a lo que se nos aparece, a lo que se muestra a la mente. Para lograr su objetivo huye de un exceso de especulación concentrándose, por el contrario, en describir la idea de las apariencias directas. Su surgimiento aparece fuertemente vinculado a la figura de Edmund HUSSERL. Sin embargo, con anterioridad a él, ya habían surgido en la historia del pensamiento algunos intentos preparatorios de esta forma de hacer filosofía.

   ¿Podría mencionar algunas de estas formas de conocimiento y describirlas brevemente?

4. Edmund HUSSERL dejó a su muerte una cantidad de trabajos terminados y otros casi ultimados, que no habían sido dados a conocer. En 1938 Leo VAN BREDA inició una importante labor de rescate de los mismos, resultado de la cual, fue un conocimiento mucho más profundo sobre el pensamiento de este autor.

   ¿Podría señalar, brevemente, algunas de las características generales de su pensamiento?

5. Actualmente es de común reconocimiento el hecho de que el creador de la fenomenología como ciencia y método de trabajo fue HUSSERL mientras que a su discípulo REINACH, se debe la aplicación de ésta al mundo del Derecho. Sin embargo en todo este proceso han intervenido otra serie de autores.

   ¿Podría mencionar algunos de ellos, así como las aportaciones que realizaron a este tema concreto?

6. REINACH afirmó en su obra *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*", publicada en 1913, que los conceptos que se designan como jurídicos poseen en sí mismos un ser obje-

tivo como las casas o los árboles. Esta esencia de los conceptos jurídicos es independiente de todo Derecho anterior e incluso de que sea o no concebida por los hombres, o de que aparezcan incluidos en algún ordenamiento jurídico o Derecho positivo.

¿Qué conceptos o ideas jurídicas puso REINACH como ejemplo para su estudio jurídico? ¿De todas ellas, cuál calificó como fuente originaria de todos los poderes jurídicos?

TEMA XII

FENOMENOLOGÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Investigaciones que realiza la Filosofía del Derecho. Distintas posturas.
II. La experiencia jurídica

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El estudio de este tema parte de la base de que existe una parcela de la ciencia jurídica, denominada fenomenología, cuya misión es descubrir las "esencias", el "a priori" de los conceptos y de las ideas que afectan al mundo del Derecho y con las cuales éste se mueve. A partir de ahora nos ocuparemos de analizar la relación que existe entre la fenomenología jurídica, como tendencia, como forma de ver y estudiar la realidad jurídica, y la Filosofía del Derecho.

2. Es comúnmente aceptado el hecho de que el objeto genérico de estudio de la filosofía jurídica es el Derecho, contemplado éste en sus ingredientes universales. Si lo que se buscase fuese un estudio pormenorizado del mismo o un conocimiento aplicado a un caso concreto, en un momento dado, habría que acudir a la ciencia del Derecho y no a la filosofía jurídica.

3. Existen distintas posturas en cuanto a la determinación de cual es el contenido concreto que debe estudiar la Filosofía del Derecho. El presente tema ofrece varias posibilidades, elegidas de entre aquellas más conocidas y habitualmente seguidas. La determinación de cuál de ellas es preferible depende, en gran manera, del punto de vista filosófico jurídico que resulta más convincente para quien elige.

4. La experiencia jurídica es una experiencia de la vida social. Aquella que nos muestra el modo de comportarse que tiene cada uno de los operadores jurídicos ante una misma realidad. En este caso, la realización del Derecho dentro de una organización legal tendente a la justicia.

5. En sentido genérico se puede entender por experiencia jurídica un conjunto de realidades distintas. Esto es la realidad jurídica en sí misma, el fenómeno jurídico, el Derecho vivo y lo que denominamos derechos en acción.

6. En sentido estricto entendemos por experiencia jurídica aquella que representa un esfuerzo por definir el Derecho, tomando como base la pluralidad de sus manifestaciones. Supone, la coimplicación de todos los elementos posibles

dentro del Derecho, a fin de que el resultado que se obtenga del mismo, que debe ser aquel que beneficie a la sociedad en su conjunto, sea lo más adecuado posible.

7. Lo que importa al ser humano en general, no son las categorías jurídicas, ni las grandes conceptualizaciones. Lo que la sociedad demanda de los juristas es la solución de todos y cada uno de los problemas cotidianos que se les presentan. Por eso es tan importante un estudio jurídico pensado desde y para la sociedad, y que no prescinda, en ningún momento, de las preocupaciones de los individuos que la forman, que son, en definitiva, los únicos destinatarios del Derecho.

3. LECTURA

1. "Ninguna ciencia jurídica en sentido estricto puede explicar qué sea el Derecho en universal sino únicamente lo que es el Derecho (o una parte del Derecho) en un cierto pueblo y en un determinado momento". La definición del Derecho *in genere*, es una investigación que trasciende de la competencia de todas y cada una de las ciencias jurídicas particulares; constituye precisamente el primer tema de la Filosofía del Derecho...además de esta primera investigación lógica, hay otra, la fenomenológica, cuya finalidad es comprender al Derecho como fenómeno universalmente humano... para lograr su conocimiento es preciso estudiar la historia jurídica de la humanidad de un modo omnicomprensivo...además de esta especial actividad del jurista en sentido estricto, tenemos la necesidad humana de investigar y valorizar la Justicia, o sea, el Derecho como debiera ser. Esta investigación (deontológia), se desarrolla de un modo autónomo, y comprende la indagación del ideal, y la crítica de la racionalidad y legitimidad del Derecho existente.

DEL VECCHIO, Giorgio: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 275-279 y 91-92.

2. Bajo rótulos más o menos certeros y generalizados, lo cierto es que la gran mayoría de iusfilósofos coinciden en reconocer que su investigación ha dado siempre en última instancia, una reflexión sobre el conocer, el ser y el deber ser de la experiencia jurídica...la gnoseología jurídica se ocupa de todas las cuestiones referentes al problema del conocimiento del Derecho...la ontología jurídica tiene como principal objeto la determinación del concepto del Derecho a partir de su propia estructura óntica. Su interés se centra en la indagación de todos los problemas relacionados con el ser-Derecho...la deontología jurídica se nos presenta como un inquirir acerca de los fundamentos y de los presupuestos éticos en los que se inspiran y encuentran su límite crítico las manifestaciones de la experiencia jurídica.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica, Mergablum, Sevilla,1998, pp. 99-126.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. La Filosofía del Derecho aporta un punto de vista universal sobre el estudio del Derecho. Analiza su realidad prescindiendo de lo concreto, de lo particular. A su vez la fenomenología se ocupa de la búsqueda de "las esencias" del "a priori".

   ¿Cree usted que pueden darse ambos tipos de estudios sobre una misma realidad? Y si la respuesta es afirmativa, ¿Cómo encajan ?

2. La Filosofía del Derecho proporciona un conocimiento que pretende ser integral. Quiere mostrar el fenómeno jurídico prescindiendo de las implicaciones y corsés en los que normalmente éste se encuentra atrapado. Por su parte, la Ciencia jurídica persigue un objetivo totalmente distinto

   ¿Cual es este objetivo? ¿Existe alguna relación entre ambos?

3. A lo largo de la exposición del tema se han presentado distintas posturas sobre el contenido que debe contener el estudio de la Filosofía del Derecho. Esta disparidad de criterios resulta al menos extraña, habida cuenta de que no se produce en relación con el contenido de otras disciplinas jurídicas.

   ¿Cuál cree usted que es el motivo de ello? ¿Es posible que la respuesta a este interrogante se deba a que es una disciplina demasiado nueva y todavía en fase de experimentación?

4. Existen múltiples definiciones de ordenamiento jurídico. Una de las usualmente utilizadas establece que es el conjunto de normas que rigen la vida del ser humano en sociedad, tendiendo hacia un ideal de justicia. Tomado como base esta definición

   ¿Qué lugar ocupa en ella la experiencia jurídica?

5. La vida del ser humano en sociedad muestra una pluralidad de formas distintas de entender el fenómeno jurídico.

   Cite algunas de ellas e indique cual considera que es la más completa.

6). Si el ordenamiento jurídico está formado por un conjunto de reglas debidamente establecidas y oportunamente recogidas en leyes. Si estas leyes son imperativas y su cumplimiento puede ser exigido a través de la fuerza. Si el ser humano no participa, en general en la elaboración de estas normas...

   ¿Qué importancia puede tener en este proceso la experiencia social y el estudio de la experiencia jurídica?

7. A lo largo de la explicación de este tema se han ofrecido varias definiciones de juristas de prestigio sobre cual debe ser el contenido que abarque la Filosofía del Derecho en su estudio.

   ¿Cuál de ellas le parece mejor? ¿Podría usted elaborar una propia?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Según Giorgio Del Vecchio, ninguna ciencia jurídica puede explicar qué es el Derecho *in genere*. A lo sumo puede ocuparse del ordenamiento jurídico de un determinado país en un momento determinado.

   ¿Por qué es necesario un estudio de este tipo? ¿No sería suficiente el conocimiento de la norma a aplicar en el caso concreto frente a la situación que preocupa a la sociedad en ese momento?

2. Antonio-Enrique Pérez Luño es uno de los iusfilósofos españoles actuales de mayor relevancia reconocida. En la lectura que antecede se ha proporcionado su definición sobre el contenido que debe estudiar la Filosofía del Derecho. Tomando como referencia esa definición y teniendo como base otras.

   ¿Qué echa en falta?, ¿de qué elementos prescindiría?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Conjugue los estudios que se presentan a continuación, a fin de conseguir la mezcla adecuada que propone DEL VECCHIO dentro de su definición de Filosofía del Derecho.

a) Semiótica jurídica
b) Técnica interpretativa
c) Fenomenología jurídica
d) Historia del derecho
e) Ontología jurídica
f) Teoría de sistemas
g) Axiología jurídica

2. Conjugue los estudios que se presentan a continuación, a fin de conseguir la mezcla adecuada que propone BOBBIO, dentro de su definición de Filosofía del derecho.

a) Ontología jurídica
b) Historia del pensamiento
c) Propuestas de reforma de la sociedad
d) Estudio del Derecho como fenómeno social
e) Métodos interpretativos
f) Teoría del conocimiento
g) Ciencia jurídica
h) Jurisprudencia y legislación

3. Conjugue los estudios que se presentan a continuación, a fin de conseguir la mezcla adecuada que propone PÉREZ LUÑO, dentro de su definición de Filosofía del Derecho.

a) Conocimiento del Derecho
b) Conocimiento del medio
c) Conocimiento del comportamiento social
d) Conocimiento de idiomas
e) Ontología jurídica
f) Estudio de los delitos y de las razones de los delincuentes para cometerlos
g) Deontología jurídica

4. Una de las definiciones de Derecho generalmente utilizadas, conjuga los elementos de hecho, valor y norma. Entiende que el ordenamiento jurídico está formado por un conjunto de normas que persiguen un valor o valores concretos y previamente establecidos, que tratan de ser alcanzados mediante la formulación de unas normas determinadas. ¿A qué autor se debe esta concepción?

a) KELSEN
b) HART
c) REALE
d) DEL VECCHIO
e) RECASÉNS
f) PÉREZ-LUÑO

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. La Filosofía del Derecho es una ciencia jurídica cuyo objeto de estudio es el Derecho contemplado de forma universal. No busca el caso concreto, la solución particular, sino que trasciende esa problemática buscando otra forma distinta de entender el fenómeno jurídico.

   ¿Cree usted que tiene algún tipo de utilidad este estudio? Y si la respuesta es afirmativa ¿Cuál podría ser?. Razone brevemente su respuesta.

2. Frente al estudio del Derecho *in genere* que realiza la Filosofía jurídica, se sitúa la ciencia del Derecho cuya pretensión es muy distinta. Quiere conocer el Derecho concreto, de un lugar concreto y un momento concreto. Su finalidad es eminentemente práctica y se centra en la solución de una controversia planteada.

   ¿Cuál de estos dos estudios sobre el Derecho es más útil? ¿Cuál proporciona mejor servicio a la comunidad?. Razone brevemente su respuesta.

3. De todas las definiciones que se le han ofrecido, o de las cuales usted haya podido obtener noticia, en relación con el contenido de los estudios que debe abordar la Filosofía del Derecho.

   ¿Cuál le ha resultado más convincente? Razone brevemente su respuesta.

4. Con los elementos que ya se le han proporcionado, cuyo conocimiento aborda la Filosofía del Derecho.

   ¿Sería capaz de construir su propia definición sobre el contenido de la Filosofía jurídica? Razone brevemente su respuesta.

5. Se ha dicho en repetidas ocasiones que la función del Derecho es la de servir a la sociedad. Para conocer la mejor manera de hacerlo, éste toma muestras de la experiencia social e intenta buscar la justicia en torno a ella.

   ¿Qué papel desarrollan en este intento la Filosofía jurídica y la experiencia jurídica?

6. Enumere usted distintos motivos que justifiquen la necesidad de la existencia de una materia como la Filosofía del Derecho dentro de los estudios conducentes a la obtención de la licenciatura en Derecho.

TEMA XIII

La experiencia jurídica en el poder normativo

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. La potestad legislativa.
II. La experiencia jurídica del legislador.
III. El legislador.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. Cada operador jurídico obtiene una experiencia jurídica distinta. Ninguna de ellas es mejor o peor, únicamente diferente de las otras. La reunión de todas las experiencias jurídicas posibles, proporcionan el único campo de cultivo válido sobre el que se puede desarrollar, de una forma adecuada, el Derecho. Prescindir de alguna de ellas supondría desconocer una esfera de la realidad y por lo tanto mostraría un resultado empobrecedor. Del mismo modo que pretender abarcarlas todas sin ser conscientes de la multiplicidad de las mismas, sería un ejercicio de simplificación impropio del estudio jurídico.

2. Aunque la experiencia jurídica es muy variada su búsqueda es la misma. Se concreta en proporcionar los datos suficientes para alcanzar, de la mejor manera posible, una serie de valores que, junto con la justicia, han sido elegidos por la sociedad de referencia como los fundamentos de sus leyes.

3. A pesar de lo dicho, y en aras de posibilitar un estudio tan ingente, se procederá a la división de la experiencia jurídica por grupos de referencia. Para ello se elegirán aquellos más significativos. Esta elección no pretende ser exhaustiva, sino meramente indicativa de los sectores más usualmente manejados y cuya experiencia es más conocida por la propia sociedad.

4. Los tres primeros grupos de interés para esta muestra son los que se derivan de la clásica división de poderes realizada por Montesquieu. De forma que analizaremos, en primer lugar, el poder legislativo, siguiendo por el ejecutivo y concluyendo con el judicial.

5. En España en la actualidad el poder legislativo se encuentra en el pueblo. Y como éste no puede desarrollarlo por sí mismo lo entrega voluntaria y temporalmente, a unos representantes democráticamente elegidos. La organización concreta se realiza a través de dos Cámaras. El Congreso y el Senado.

6. De la misma manera que el Estado necesita de una serie de poderes para asegurar el equilibrio y evitar la concentración de poder, cualquier cuerpo parla-

mentario necesita a su vez de distintos partidos que expresen la voluntad popular y contribuyan a la realización de la democracia.

7. Los legisladores deben conocer perfectamente la sociedad para la que legislan así como los intereses que ésta tiene, en aras a la adecuada consecución de la justicia. Pero, a diferencia de la gran mayoría de los operadores jurídicos, los legisladores no tienen por qué ser licenciados en Derecho.

8. Entre las cualidades de un buen legislador está ser realista, prudente, perspicaz, claro, conciso, sencillo y directo. Debe asimismo estimular el espíritu de la comunidad para que ésta descubra la importancia del bien común por encima del particular. Sus leyes deben ir dirigidas hacia la mayoría a fin de que no resulten demasiado severas, pues serían difícilmente cumplidas; ni, por el contrario, excesivamente blandas, pues carecerían de eficacia.

3. LECTURA

1. "Afirmo que el espíritu de moderación debe ser el del legislador, y creo que no he escrito esta obra más que para probarlo; el bien político, como el moral, se encuentra siempre entre los dos extremos".

MONTESQUIEU, Charles: *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 393

2. "Los hombres, al reunirse en sociedad, buscan una situación más feliz que el estado de naturaleza, que tenía dos ventajas, la igualdad y la libertad, y dos inconvenientes, el miedo a la violencia y la privación de ayudas en las necesidades ineludibles o en los peligros. Los hombres, para colocarse al abrigo de estos inconvenientes, han consentido, pues, en perder un poco de su igualdad y libertad; y el legislador ha cumplido el objetivo cuando, restringiendo a los hombres lo menos posible de igualdad y libertad, les procura el máximo posible de seguridad y bienestar".

DIDEROT, Denis & D'ALEMBERT, Jean Le Rond: *Artículos políticos de la Enciclopedia*, Tecnos, Madrid, 1992, p.82.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. Se ha dicho en la explicación de este tema que no es necesario que el legislador sea un licenciado en Derecho.
   Podría decir alguna situación en la cual este aserto quede probado?
2. Según establece la Constitución española en el art. 1, la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes.
   ¿Cómo se aplica este mandato constitucional al caso del poder legislativo?
3. Dice la Constitución art. 87, que la iniciativa legislativa corresponde al gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los reglamentos de las Cámaras. Sin embargo de acuerdo con el principio de división de poderes, el poder legislativo corresponde a las dos Cámaras, mientras que el ejecutivo compete al gobierno.
   ¿Cómo explica usted esta aparente contradicción?
4. El poder legislativo, por delegación del pueblo suele encontrarse depositado temporalmente en los miembros del Congreso y del Senado, democráticamente elegidos para la

función de elaborar leyes. Sin embargo en algunos casos, este poder se encuentra también en otras manos. Es el caso de los decretos-leyes, decretos-legislativos, potestad reglamentaria e incluso convenios colectivos

¿Vulnera esto el principio de división de poderes?

5. Es bien sabido que al lado del poder de dictar las leyes, que corresponde a quien detenta el poder legislativo en cada caso, aparece todo lo relativo a su interpretación y enmienda.

   ¿Están todas estas prerrogativas en las mismas manos?

6. El poder legislativo es el encargado de la realización de las normas que deben regir la convivencia del ser humano en sociedad. Para que sus titulares puedan realizar su función de la manera más adecuada, existen una serie de cautelas, límites y prohibiciones

   ¿Es necesario que existan? ¿Hasta donde pueden extenderse?

7. Si se ha establecido como norma general que los operadores jurídicos deben tener conocimientos científicos sobre el Derecho, y que éstos deben ser acreditados antes del comienzo del ejercicio de su actividad.

   ¿Por qué esta norma no es de necesaria aplicación para los legisladores? ¿Convendría que así fuera?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. ARISTÓTELES decía que en el punto medio está la virtud, de forma que, cualquier conducta puede convertirse en vicio tanto por exceso como por defecto. MONTESQUIEU, en el párrafo que hemos transcrito, señala la virtud de la moderación como una de las más importantes para que el legislador pueda cumplir su función.

   ¿Cree usted que tienen relación las posturas de ambos autores? ¿De qué manera las relacionaría?

2. El ser humano antes de vivir en sociedad vivió en un llamado estado de naturaleza (si es que este estado existió realmente en algún momento), en el cual no estaba sujeto a ninguna norma. La hipotética entrada en la sociedad trae como consecuencia, entre otras, la necesidad de someterse a una serie de restricciones. El individuo deja de poder hacer todo aquello que desea, para tener que regir su conducta de acuerdo con unos cánones que pueden haber sido queridos por la mayoría, en el mejor de los casos, pero no necesariamente por todos y cada uno de los particulares afectados. La limitación de derechos es evidente

   ¿Cómo se justifica?¿No supone una contradicción el hecho de que para proteger derechos éstos tengan que ser limitados?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. ¿Cuál de los autores señalados es el creador de la moderna teoría de la soberanía?

a) Montesquieu
b) Rousseau
c) Locke
d) Maquiavelo
e) Bodino
f) Kelsen

2) ¿Qué funciones tiene en la actualidad el poder legislativo que detentan las Cámaras?

a) La presentación de las leyes
b) La elaboración de las leyes
c) La creación de reglamentos
d) La interpretación de las normas
e) La sanción de la ley
f) La firma de tratados internacionales
g) La aplicación de la justicia

3. El legislador es un representante del pueblo, elegido por este en sufragio universal, libre, directo y secreto que tiene la función de la creación de las leyes. En la realización de su labor está sujeto a una serie de limitaciones. Señale de las siguientes las que procedan

a) Las establecidas por la ley
b) Las establecidas por el partido al que pertenezca
c) Las que beneficien a la oposición
d) Las que beneficien intereses particulares
e) Las que determine su conciencia y su leal saber y entender

4. A lo largo del tiempo se han producido muchos intentos de definir las características o virtudes que debe reunir un ser humano para ser buen legislador. De la lista que se ofrece a continuación, ordene de mayor a menor las que le parezcan más trascendentes y razone su respuesta.

a) Inteligente
b) Justo
c) Honesto
d) De buena presencia
e) Con carácter
f) Comprensivo
g) Líder

5. Sensu contrario ordene de mayor a menor los defectos que cree usted que no debe tener un legislador en ningún caso.

a) Arrogancia
b) Avaricia
c) Inflexibilidad
d) Aislamiento
e) Grosería
f) Falta de educación
g) Falta de sensibilidad

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. A lo largo de la explicación de este tema se le han ofrecido algunas opiniones sobre las virtudes que debe tener un legislador para realizar bien su función. En función de las que ha visto o de otras que cree haber echado en falta.

   ¿Podría elaborar una lista personal de esas cualidades señalándolas por orden de importancia?

2. Se ha dicho que cada uno de los operadores jurídicos aportan al mundo del Derecho su peculiar experiencia jurídica, de modo que, con la conjunción de la mayor parte de ellas, se puede obtener un conocimiento más adecuado de la realidad que nos interesa.

   ¿Podría establecer cual es, a su juicio, la aportación del poder legislativo a la experiencia jurídica?

3. Se ha dicho en múltiples ocasiones que la moderación es una de las cualidades fundamentales del legislador. Pero si éste ha sido democráticamente elegido y sabe lo que la sociedad demanda

   ¿No sería mejor que obrase con todo el peso de la ley y con toda la fuerza que su legitimidad le permitiera?

4. En el sistema de división de poderes, cada uno de los tres poderes establecidos, esto es legislativo, ejecutivo y judicial realizan unas labores perfectamente definidas. Sin embargo en la realidad no es así, produciéndose algunas "interferencias"

   ¿Podría usted señalar algunas de ellas? ¿por qué cree usted que se producen?

5. El sistema de división de poderes es el actualmente asumido en muchos de los países democráticamente organizados

   ¿Podría proporcionar algunos argumentos a favor y en contra del mismo?

6. En la actualidad española a pesar de que el sistema de división de poderes está reconocido y funciona como tal, no es posible entender que cada uno de ellos funcione de forma clara e independiente.

   ¿Podría señalar a su juicio cual es el poder más independiente en la actualidad en España? Razone brevemente su respuesta.

TEMA XIV

La experiencia jurídica del poder ejecutivo

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Introducción
II. La potestad ejecutiva: El Gobierno y la Administración.
   A) La Administración.
   B) El Gobierno.
III. La experiencia jurídica del gobernante y del administrador.
   A) El gobernante.
   B) Los administradores.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El poder ejecutivo se manifiesta en la actualidad como la concreción del derecho de todos los miembros de una sociedad a participar en el cuidado y organización de la misma. Bien directamente, bien a través de sus representantes.

2. El derecho a esta participación deriva directamente del mandato constitucional establecido en el art. 1-2º, en cuanto establece que "la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes".

3. En el momento histórico en el que MONSTESQUIEU escribió su obra el *Espíritu de las leyes*, concibió el poder ejecutivo únicamente referido al gobierno. Hoy en día esta visión debe ser ampliada dándole cabida a la administración pública.

4. La administración pública, tal y como hoy la entendemos, es una creación de la Revolución francesa. Podemos referirnos a ella desde dos puntos de vista: a) en sentido objetivo, esto es, como la actividad o función dirigida a la satisfacción de los intereses colectivos generales conforme al ordenamiento jurídico; y b) en sentido subjetivo, entendiéndola como el sujeto u órgano que realiza esta actividad.

5. El término gobierno se emplea para referirse a distintas realidades. Puede ser la acción o efecto de gobernar, o el órgano colegiado compuesto por el presidente y los ministros junto con los vicepresidentes y otros miembros, según establece el art. 98-1º de la Constitución. Cada uno de ellos tiene unas funciones distintas perfectamente establecidas en las leyes.

6. La realidad actual española muestra la existencia de Comunidades Autónomas establecidas en el art. 2 de la Constitución. Estas comunidades tienen gobiernos propios con funciones concretas que deben ajustarse, en su funcionamiento, a lo establecido por la Constitución y las leyes. Podrán y deberán tener atribuciones propias de gobierno.

7. No es fácil definir cuáles son las condiciones que debe tener un buen gobernante para realizar de la forma adecuada su labor. Está fuera de toda duda que debe ser moderado, tener un conocimiento claro de la sociedad y de lo que ésta demanda, además de ser ecuánime y justo. Debe servir al pueblo y proporcionarle la tranquilidad necesaria que posibilite el bien común, así como la paz y prosperidad para todos.

8. La administración pública debe mantener y potenciar su característica de servidora del interés general. Su gestión debe estar presidida por la integridad y la honradez, comportándose, en todo momento, con la diligencia y ética que la importancia de su servicio le exige.

3. LECTURA

1. "Es hora de abordar la célebre cuestión de la división de poderes, dogma fundamental de la política moderna. Con los principios que he planteado puedo simplificarla y quizá resolverla. En cada Estado, dice MONTESQUIEU, hay tres clases de poderes: la potencia legislativa, la potencia ejecutiva de las cosas que dependen de los derechos de las gentes y la potencia ejecutiva de aquellas que dependen del Derecho civil. Esta última se llama poder judicial. El poder judicial no es un poder... la potencia ejecutora, para la administración interior, debe estar en manos de un monarca, ya que esta parte del gobierno, que casi siempre tiene necesidad de una acción momentánea, es mejor administrada por uno que por varios. Hasta aquí estoy de acuerdo con MONTESQUIEU, porque los dos estamos de acuerdo con la naturaleza".

DEW BONALD, Louis-Ambroise: *Teoría del poder político y religioso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 80.

2. "Aunque un magistrado no debe ser elegido por su riqueza, por su linaje, ni por su edad, sino más bien por su sabiduría e integridad, sin embargo es muy conveniente que sean elegidos para este cargo personas ya maduras de las que depende la integridad de la república no sólo porque los más mayores, debido a su experiencia, son más prudentes y sus pasiones más comedidas, sino también porque ante el pueblo su madurez les confiere mayor autoridad".

ERASMO DE RÓTTERDAM: *La educación del príncipe cristiano*. Tecnos, Madrid, 1996, p. 146.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. El poder ejecutivo se concreta hoy en día como una fórmula de participación de los ciudadanos en la marcha de la sociedad.

   ¿De qué maneras puede producirse esta participación? ¿A través de qué cauces?

2. El art. 1 de la actual Constitución española dice que la soberanía nacional corresponde al pueblo español del que emanan todos los poderes.

   ¿Cómo se interpreta este mandato constitucional en relación con el poder ejecutivo?

3. Cuando John LOCKE vio la posibilidad de la división de poderes, que tiempo después concretaría MONTESQUIEU en su obra *El espíritu de las leyes*, el poder ejecutivo se circunscribía únicamente al gobierno.

   ¿Sucede lo mismo hoy en día? Y si no es así ¿qué es lo que ha variado?

4. En un Estado social y democrático de Derecho en el que está asegurado el imperio de la ley, los particulares tienen medios a su alcance para la defensa de sus intereses. En relación con los intereses de carácter público y según el art. 103 de la Constitución su defensa corresponde a la administración pública. En cuanto al gobierno, es sabido que su obligación también repercute en el servicio a la colectividad

¿El gobierno y la administración realizan distintas funciones? ¿No sería preferible simplificar como en la época de MONTESQUIEU y hablar de un poder ejecutivo formado únicamente por el gobierno?

5. El gobierno debe dirigir la política interior y exterior del Estado así como otra serie de funciones que le han sido encomendadas por las leyes.

   ¿Cuáles son estas funciones? ¿De qué personal humano dispone para cumplirlas?

6. El art. 2 de la Constitución española dice que la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

   ¿Qué implicaciones tiene el desarrollo de este artículo en relación con el poder ejecutivo?

7. Se ha hablado de las condiciones que requiere un buen gobernante y un buen administrador para poder realizar su función de la manera adecuada. También se ha comentado en múltiples ocasiones que la realidad jurídica debe ser contemplada bajo la perspectiva del espacio y del tiempo. Desde estos puntos de vista.

   ¿Cree usted que puede existir alguna definición de gobernante o administrador con las condiciones necesarias de inmutabilidad razonable? O por el contrario ¿piensa que estas condiciones son tan variables que no es posible establecerlas con un margen asumible de estabilidad?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. John LOCKE en su obra *Dos tratados sobre el gobierno civil,* anticipó la teoría de la división de poderes que más tarde expondría MONTESQUIEU para la posteridad. Justo es decir que LOCKE no llegó a concretarla del todo, especialmente en lo que al poder judicial se refiere. MONTESQUIEU cerró este tema incluyendo al poder judicial, aún sin darle mucho protagonismo, dentro de los poderes del Estado.

   ¿Cual es la composición y funciones que otorga MONTESQUIEU al poder ejecutivo?

2. A pesar de que las circunstancias hacen que los seres humanos valoren distintos rasgos en sus gobernantes, hay algunos que coinciden.

   ¿Podría decir cuáles cree usted que se han mantenido a lo largo de la historia?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Dictamine usted cuáles de las siguientes características no serían de aplicación a la función que debe realizar la administración pública.

a) Satisfacción del interés público
b) Actividad subordinada
c) Actividad en la que impera el principio de autonomía de la voluntad
d) Actividad dotada de preeminencia para alcanzar el cumplimiento de sus fines
e) Actividad racional
f) Actividad lucrativa

2. Cuáles de las siguientes figuras forman parte del gobierno.

a) Presidente del gobierno
b) Ministros
c) Vicepresidentes
d) Secretarios de ayuntamiento
e) Jueces y fiscales
f) Senadores

3. **Ordene en función de la mayor o menor importancia que le conceda, las siguientes características que debe tener un buen gobernante.**
   a) Fuerza física
   b) Capacidad de convicción
   c) Edad
   d) Posición económica
   e) Buenas relaciones
   f) Moderación
   g) Inteligencia
   h) Capacidad de servicio

4. **De las siguientes características que deben acompañar a la administración pública, señale aquellas que crea que no proceden.**
   a) Integridad
   b) Honradez
   c) Rapidez de gestión
   d) Afán de lucro
   e) Servicio al bien común
   f) Coadyuvante de la justicia
   g) Administrador de justicia

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. La teoría de la división de poderes posibilita el equilibrio de poder al regular la imposibilidad de que éste se concentre en unas solas manos. Este sistema no es, ni ha sido siempre seguido en todos los países ni en todos los sistemas jurídicos.
   Argumente brevemente razones a favor y en contra del mismo.

2. La actual Constitución española prevé que el jefe del ejecutivo, esto es el presidente del gobierno, sea una persona distinta del monarca.
   Argumente brevemente razones a favor de que una sola persona reúna ambas figuras.

3. Rawls establece una teoría que a su juicio, posibilita la realización de la soberanía popular. Se fundamenta en el hecho de que el poder está en el pueblo y éste, a través de los votos debidamente emitidos, elige quien quiere que lo detente en cada momento.
   Señale brevemente los distintos pasos que según RAWLS son necesarios para que este proceso se realice con todas las garantías adecuadas para su eficacia.

4. En la concepción tradicional de división de poderes, ésta se establecía fundamentalmente con la finalidad de limitar el poder, evitando así la concentración en unas únicas manos. Hoy en día las perspectivas se amplían y la conveniencia de este sistema aparece avalada por más circunstancias.
   Exponga brevemente, y obviando la ya comentada de limitación del poder, las ventajas que ofrece hoy en día la teoría de división de poderes.

5. España en la actualidad es un Estado de autonomías. Esto quiere decir que manteniendo su unidad (art. 2 de la Constitución), recoge también el derecho de las Comunidades Autónomas de tener sus propias leyes, lengua, costumbres y otra larga serie de derechos legalmente establecidos. Tomando como base este ejemplo
   ¿Cuáles son las relaciones entre el gobierno central y el autonómico? ¿Qué sucede a nivel de ambas administraciones?

TEMA XV

La experiencia jurídica del poder judicial

1. INDICE DEL TEMA

I. El poder judicial.
   A) Antecedentes.
   B) Situación actual.
II. Los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional.
   A) Los tribunales ordinarios.
   B) El Tribunal Constitucional.
III. La experiencia jurídica del juez

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El poder judicial se configura como la posibilidad y obligación al mismo tiempo, que tienen los jueces de decir lo que es justo cuando se les pregunta sobre un caso concreto.

2. En la actualidad el poder judicial está integrado en España por jueces y magistrados, independientes, inamovibles y sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117 Constitución española).

3. Los jueces y magistrados en el desarrollo de su función pueden conocer de las siguientes cuestiones: la defensa de los derechos fundamentales, la tutela de los derechos e intereses legítimos, la imposición de penas y el control de la actividad administrativa.

4. En la actualidad, la independencia judicial, al lado de otros requisitos como la responsabilidad y el sometimiento de los jueces únicamente al imperio de la ley, están consolidadas como las características esenciales que deben ser aseguradas al poder judicial para el adecuado ejercicio de su función.

5. Existen distintos tipos de órdenes jurisdiccionales en función de los asuntos de que se trate. Para que puedan llevar a buen término su función estos órganos se concretan en una organización jurisdiccional presidida por los principios de territorialidad y jerarquía. Pueden funcionar de forma unipersonal o colegiada.

6. En cuanto a su funcionamiento se refiere, el poder judicial en España en la actualidad funciona con sometimiento a los principios de reserva y exclusividad.

7. Además de los tribunales ordinarios cuyo funcionamiento se establece por salas, existe el Tribunal Constitucional entendido como un órgano al que se le

atribuye, de forma exclusiva, todo lo referente a la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Sus manifestaciones tienen fuerza *erga omnes*, con la consecuencia inmediata de la anulación de la norma. Su jurisdicción se establece para todo el territorio nacional y sus sentencias deben ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

8. La figura del juez debe estar siempre al servicio de la justicia, analizando cada caso concreto y decidiendo, en función de las leyes aplicables, la respuesta que mejor se adapta a la justicia. Su función es proporcionar a la sociedad bien común y seguridad. Y debe hacerlo dentro de plazos razonables, a riesgo no sólo de contribuir a una mayor injusticia, sino también a que sus servicios sean paulatinamente sustituidos por los del árbitro. Su actuación debe regirse por los principios de responsabilidad e independencia.

3. LECTURA

1. "Hay un fenómeno real innegable que parece amenazar los cimientos del sistema y que obra como pieza de toque de su autenticidad, a saber, la presencia de sentencias contradictorias. Si el Derecho es el mismo y los hechos idénticos, la conclusión tendría que repetirse... a despecho de lo que digan la Constitución y los libros, el juez no decide únicamente por la ley y el Derecho sino por otras causas que interfieren la línea, aparentemente inflexible, que lleva de la misma ley y de los mismos hechos a los mismos resultados".

NIETO, Alejandro & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *El derecho y el revés*, Ariel, Barcelona, 1998, p.96.

2. "Una sentencia impura daña más que muchos ejemplos impuros; porque éstos sólo corrompen la corriente y los otros corrompen la fuente... que ningún juez sea tan ignorante de su propio derecho creyendo que no se le deja como parte principal de su oficio, un uso y aplicación prudente de las leyes".

BACON, Francis: Ensayos, Orbis, Barcelona, 1983, p. 177 y181.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. La función del juez en España es la de decir lo justo en cada caso concreto. Para realizarla precisa el cumplimiento de algunos requisitos intermedios.
   ¿En qué se apoya el juez para decir lo justo en cada caso concreto?
2. Dice nuestra Constitución que el poder judicial en España está constituido únicamente por jueces y magistrados, responsables, independientes, inamovibles y sometidos únicamente al imperio de la ley
   ¿Existe algún otro cuerpo o persona en la actualidad que pueda realizar la actividad juzgadora en algún caso concreto?
3. La Constitución española de 1978 establece una serie de cuestiones sobre las que puede conocer el juez o magistrado en el ejercicio de su cargo.
   ¿Podría decirse que esta lista es cerrada o, por el contrario funciona de forma indicativa?
4. Entre las características fundamentales que deben acompañar la labor judicial se encuentran la responsabilidad y la independencia. Tomando como muestra la situación actual

¿Cree usted que el poder judicial en España respeta estos principios de comportamiento?

5. El poder judicial, cara a la realización de su función, está auxiliado por una serie de órganos jurisprudenciales los principios de territorialidad y jerarquía. Tomando como base el sistema español.

   ¿Cree usted que esos principios son adecuados para asegurar el buen desarrollo de su función?

6. La actividad judicial se encuentra en este momento supeditada a los principios de reserva y exclusividad.

   ¿Cuáles son los objetivos que el respeto por estos principios pretende asegurar?

7. En la actualidad en España coexisten tribunales ordinarios con el Tribunal Constitucional.

   ¿Se trata de el mismo tribunal en distinto grado de jerarquía o tienen funciones distintas? Si su respuesta es la segunda, determine en dónde radica la diferencia.

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. La acción de juzgar, como toda acción humana entraña el riesgo de "lo subjetivo". De manera que se han producido sentencias incluso contradictorias sobre un mismo caso. Esa situación conlleva grandes dosis de inseguridad para el ciudadano que se siente al augur del juez que le toque.

   ¿Cree usted que esta afirmación es correcta? ¿Se le ocurre alguna manera de evitar o al menos paliar esta situación?

2. Si todas las personas que se dedican al ejercicio del Derecho deberían ser prudentes, moderadas y cultas, estas cualidades, si cabe, son mucho más de apreciar en un juez. Sin embargo, en muchas ocasiones el juez se ha convertido en una figura sensacionalista e ingeniosa, cuyas sentencias socaban profundamente la confianza del pueblo en la justicia.

   ¿Está de acuerdo con esta afirmación? Razone su respuesta.

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Dictamine si es correcta esta afirmación. El poder judicial se ha mostrado inalterable en sus funciones desde el principio de los tiempos y debido a la importancia de su función y a la perfecta delimitación de su campo de acción, es previsible que siga sucediendo lo mismo.

a) Ha permanecido inalterable
b) Ha cambiado permanentemente
c) Ha permanecido inalterable hasta ahora, pero es previsible que cambie
d) Ni ha permanecido inalterable ni es previsible que permanezca ahora

2. Cuáles de las siguientes características son de aplicación al sistema judicial español actual.

a) Independencia
b) Centralismo
c) Inamobilidad de sus miembros
d) Desarrollo de una labor legislativa

e) Intérprete de las leyes
f) Creador de reglamentos

3. Señale cuáles de los siguientes órganos son colegiados.

a) Audiencias provinciales
b) Audiencia nacional
c) Juzgados de paz
d) Tribunal superior de justicia

4. Ordene según su grado de importancia las características que deben tener los jueces para desarrollar adecuadamente su labor.

a) Prudencia
b) Sentido de la justicia
c) Paciencia
d) Cultura
e) Moderación
f) Ingenio

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. Dentro de la teoría de la división de poderes se ha discutido cual de los tres poderes debe considerarse más importante.

   A su juicio y de forma breve razone una respuesta.

2. La responsabilidad e independencia judiciales se mantienen hoy en día como las cualidades fundamentales que deben acompañar al poder judicial.

   Cree usted que esta afirmación es correcta. Razone su respuesta.

3. Se ha criticado duramente la ineficacia de la labor judicial que se traduce en sentencias lentas y mal fundamentadas.

   ¿Cree usted que la sociedad está razonablemente satisfecha de la labor de los miembros del poder judicial en la actualidad? Razone brevemente su respuesta.

4. Si la respuesta a la pregunta anterior ha sido negativa y ya ha expuesto algún motivo por el cual cree que la actividad judicial que se realiza en España actualmente no es del agrado de los administrados.

   Podría señalar brevemente algunas de las reformas que usted introduciría para mejorarla.

TEMA XVI

La experiencia jurídica del Ministerio Fiscal

1. INDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. Pasado y presente de la institución.
   A) Antecedentes.
   B) Situación actual.
III. El Ministerio Fiscal en España.
   A) Funciones, organización y principios por los que se rige.
   B) Derechos, deberes, responsabilidades y garantías legales de actuación.
IV. La experiencia jurídica del Ministerio Fiscal.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El Ministerio Fiscal se consolida como la institución encargada de promover la acción de la justicia, la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

2. Aunque no existen unos antecedentes claros de la institución se puede afirmar que no surgió de la nada. Su implantación apareció aparejada al rechazo que produjo en la sociedad el hecho de que el principio inquisitorio estuviese única y exclusivamente en el juez.

3. Toda la evolución de la figura del Ministerio Fiscal camina hacia la traslación a un tercero, de la potestad de acusar, como paso hacia delante en cuanto a las garantías procesales se refiere. La figura del Ministerio Fiscal, tal y como se entiende hoy en día, es el promotor de la acción penal pública y defensor objetivo de los intereses protegidos por la ley.

4. En los distintos ordenamientos jurídicos europeos existen bastantes diferencias en cuanto al contenido, estructura y funciones específicas que debe desarrollar este instituto. El rasgo común que se puede apreciar entre todas estas variantes, es la necesidad de su existencia en una sociedad democrática.

5. La institución del Ministerio Fiscal es única para todo el Estado. Dispone de autonomía funcional así como de una serie de órganos, jerárquicamente organizados, que coadyuvan a la realización de su función.

6. La regulación de esta figura corresponde a la Constitución, art. 124 y a un Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que se materializó por Ley Orgánica 50/1981 de 30 de diciembre. En él se establecen los derechos, deberes, funcio-

nes, incompatibilidades, responsabilidades y garantías legales de actuación del mismo.

7. En la actualidad y después de una larga evolución que precedió a su estructuración, la experiencia del fiscal se concreta en la protección del interés público social y en la defensa de la legalidad y del adecuado ejercicio de los derechos y libertades fundamentales por parte de todos los seres humanos, aunque quizá especialmente referida a los seres más desprotegidos.

3. LECTURA

1. "Siendo el Ministerio Fiscal una Institución no puede actuar materialmente por sí mismo... las personas concretas, físicas, individuales, que con su actividad personal realizan la misión y ejercen las funciones del Ministerio Fiscal son los fiscales... en primer lugar el Fiscal General del Estado... en segundo lugar la rama ordinaria del Ministerio Fiscal, la que actúa ante la jurisdicción ordinaria y otros organismos gubernativos, encontramos a los fiscales técnicos en Derecho y profesionales que constituyen la carrera fiscal...existen otros fiscales. técnicos en Derecho, pero no profesionales del Ministerio Fiscal que son de dos clases: fiscales de provisión temporal y fiscales sustitutos... también hay en el Ministerio Fiscal unos fiscales que se pueden llamar "legos" que no precisan tener titulaciones ni conocimientos especiales, que son los fiscales de paz...también hay una rama especializada del Ministerio Fiscal ante la jurisdicción militar, que pertenecen al cuerpo jurídico del ejército".

ALAMILLO CANILLAS, Fernando: *El Ministerio Fiscal español*. Colex, 1990, p.141.

2. "La diferencia fundamental entre la objetividad administrativa y la objetividad del Ministerio Fiscal estriba en que la legalidad es límite para la Administración y objeto de defensa para el Ministerio Fiscal, esto es, la objetividad administrativa implica autocontrol, susceptible naturalmente de posterior revisión, mientras que la objetividad del Ministerio Fiscal consiste en la evaluación imparcial (técnico-jurídica) de conductas ajenas desde el respeto a la legalidad".

FLORES PRADA, Ignacio: *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. p. 599.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. En la actualidad la figura del Ministerio Fiscal está totalmente consolidada, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en otros. Tomando como muestra el ordenamiento jurídico español actual.

   ¿Podría decir cuáles son y dónde aparecen recogidas las funciones del Ministerio Fiscal?

2. La figura del Ministerio Fiscal no surge de la nada, como nunca sucede en el Derecho. Su evolución presenta distintos momentos con mayor y menor nivel de implantación de la institución. En relación con la actual figura y su funcionamiento en España.

   ¿Podría señalar los hitos fundamentales de surgimiento de esta institución?

3. Una de las razones que se ha esgrimido en cuanto a la conveniencia de surgimiento de la institución del Ministerio Fiscal, fue la necesidad de trasladar a un tercero la potestad acusadora.

¿Podría usted decir por qué?

4. En la actualidad todos los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados democráticos contienen la figura del Ministerio Fiscal. Sin embargo se le asignan distintas funciones.
   ¿Podría ilustrar esta afirmación con algunos ejemplos?
5. El Ministerio Fiscal funciona en la actualidad de forma totalmente estable y organizada.
   ¿Podría señalar brevemente cual es el organigrama de su organización en España?
6. No es posible afirmar que la reglamentación por la cual se rige el funcionamiento de esta institución del Ministerio Fiscal, se encuentra en un único lugar. Por el contrario, está dispersa.
   ¿Podría mencionar en qué lugares aparece la principal normativa de funcionamiento de la institución del Ministerio Fiscal en la actualidad?
7. Del elenco de funciones que aparecen legalmente recogidas y atribuidas al Ministerio Fiscal en España.
   ¿Cuál diría usted que es la más importante?¿Frente a qué sector de la población se dirige?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. La organización interna y jerárquicamente establecida del cuerpo de los fiscales en la actualidad, presenta distintos tipos.
   ¿Podría decir cuales?
2. En la lectura precedente referida al tema, se ha establecido una diferencia importante entre la objetividad con que la administración desarrolla su función y la objetividad que debe presidir la labor del Ministerio Fiscal.
   ¿Podría explicar en qué consiste dicha diferencia?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Establezca, cuál o cuáles de las siguientes funciones, no podrían ser realizada por el ministerio fiscal.

a) *ius puniendi*
b) Promoción de la justicia
c) Defensa de la legalidad
d) Imposición de penas
e) Dirección de la labor policial

2. Ordene jerárquicamente los siguientes órganos propios de los que dispone el instituto del Ministerio Fiscal para la realización de su labor.

a) Junta de fiscales del sala
b) Fiscal General del Estado
c) Fiscalía ante la Audiencia Nacional
d) Fiscalía ante el Tribunal Supremo
e) Consejo fiscal
f) Fiscalía ante el Tribunal Constitucional

g) Fiscalía del Tribunal de Cuentas

3. De la lista que se proporciona a continuación señale cuáles de los siguientes derechos son de aplicación a la figura del fiscal.

a) Permisos, licencias y recompensas reglamentariamente establecidas
b) Realizar el examen de acceso a su cuerpo en la comunidad autónoma de que proceda
c) Régimen retributivo igual al de la carrera judicial
d) Que en caso de traslado le sea proporcionado un lugar donde vivir
e) Derecho de asociación ajustado a lo establecido por la ley

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. La regulación constitucional que hace referencia a la labor del Ministerio Fiscal se encuentra recogida fundamentalmente en el art. 124 de la Constitución. Sin embargo existen otros artículos que de una manera u otra hacen referencia a esta figura.

   ¿Señale cuáles son y explique brevemente su contenido?

2. Se ha dicho en múltiples ocasiones que la independencia es una característica fundamental en el ejercicio del poder en general. Sin embargo, en relación con el Ministerio Fiscal se utiliza, preferentemente, el término imparcialidad.

   Exponga brevemente cual es la diferencia que a su juicio existe entre ambos principios.

3. La figura del Ministerio Fiscal, aunque existe en la actualidad en todos los ordenamientos democráticos, presenta un funcionamiento distinto en los diversos países. Sin embargo nadie duda de la importancia de su figura. Para que pueda realizar su función de la forma adecuada es preciso que esté protegido por una serie de garantías.

   ¿Podría exponerlas brevemente?

TEMA XVII

La experiencia jurídica del abogado

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. La figura del abogado. Antecedentes y situación actual.
  A) Antecedentes.
  B) Situación actual.
III. Las funciones del abogado en España. Derechos, deberes y responsabilidad.
  A) Funciones.
  B) Derechos y deberes.
  C) Responsabilidad.
IV. La experiencia jurídica del abogado

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El abogado tiene la misión de desarrollar la defensa de los intereses de sus clientes, representando a éstos en el entramado jurídico de los procesos judiciales.

2. El abogado debe disfrutar de libertad moral, política, económica y profesional. Su función es de carácter público y en muchos casos evita, a través de su labor previa de árbitro, la incoación de un proceso.

3. La normativa más directamente aplicable a la actuación de los profesionales de la abogacía se encuentra recogida en el Estatuto general de la abogacía establecido por Real Decreto 2090/1982 de 24 de julio. No obstante, también le son de aplicación algunos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4. Son derechos de los abogados: reclamar tanto de las autoridades como de los particulares todas las medidas de ayuda en su función que le sean legalmente debidas; hacer uso de los asuntos, remedios o recursos que establece la vigente legislación, sujetándose al régimen jurídico vigente para cada uno de ellos; participar en la gestión corporativa. También tiene derecho al pago de una compensación económica (honorarios) adecuada a los servicios prestados.

5. Entre las obligaciones del letrado están: el cumplimiento con el máximo de celo y diligencia y guardando secreto profesional, de la misión que le haya sido encomendada; la realización diligente de sus actividades; así como abstenerse de cualquier acción que produzca un efecto o lesión injusta en la parte contraria.

6. Por lo que a las responsabilidades se refiere, el abogado está sujeto a tres: penal, civil y disciplinaria. Están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión. Responden con responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañan los intereses cuya defensa les ha sido confiada. Y, por último se les podrá imponer responsabilidad disciplinaria cuando falten a sus deberes profesionales.

7. La experiencia jurídica del abogado debe ser la de una persona prudente, formada, acostumbrada a escuchar y a hacerlo de forma imparcial. Una vez que escuche a su cliente debe proceder a hacer la calificación jurídica del caso y aconsejar de manera profesional y seria la actitud a seguir en cuanto a la defensa de los intereses del cliente. A no ser que esté ejerciendo de abogado de oficio, podrá negarse a defender la postura de un cliente, pero queda igualmente obligado, respecto de este, al secreto profesional por todo lo que haya averiguado en relación con el caso.

3. LECTURA

1. "Por definición se puede decir que el cliente del abogado es aquel que, ya sea por su falta de cultura, por su temperamento, o por la complejidad de los asuntos, no puede defenderse por sí solo. Podrá tener mucha razón en su modo de proceder, pero no sabe cómo exponer jurídicamente esta razón. Es misión del abogado escuchar pacientemente, pasando por el tamiz de sus conocimientos de la ciencia del derecho, los datos jurídicos proporcionados por quien solicita sus servicios".

VILLORO TORANZO, Miguel: *Introducción al estudio del Derecho,* Porrúa, México,1990, p 275.

2. "La abogacía presenta una serie de cualidades peculiares, al ser la profesión más cercana a la problemática y práctica del Derecho. Se debate en su doble perspectiva de profesión liberal y de servicio público".

SORIANO, Ramón: *Sociología del Derecho,* Ariel Derecho, Barcelona, 1997, p. 425.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. Se ha dicho en numerosas ocasiones que el abogado debe defender siempre los intereses de sus clientes.

   ¿En todo caso?¿No existe ningún límite?

2. En muchas ocasiones el abogado debe defender los intereses de su cliente a través de su representación en un proceso judicial. En algunas ocasiones sin embargo, puede prestar un servicio que evite esta situación.

   ¿En qué casos? ¿No resulta eso contradictorio con la función de representación que le ha sido asignada?

3. Existe una buena cantidad de normativa aplicable al profesional del Derecho que ejerce la abogacía.

   ¿Dónde se encuentra recogida?

4. Se le ha proporcionado una lista más o menos completa de derechos de los abogados. En ella se han omitido deliberadamente algunos de ellos.
   ¿Podría señalar algún derecho que considere debe acompañar al abogado en el ejercicio de su profesión y que no encuentre reflejado en la lista anteriormente proporcionada?
5. Del conjunto de obligaciones que se ha indicado que deben cumplir los profesionales de la abogacía
   ¿Cuál cree usted que es la que más frecuentemente incumplen? ¿Por qué?
6. Lo normal es que el abogado como profesional del Derecho realice su función de la manera adecuada. Sin embargo, en algunas situaciones eso no sucede así y entra en juego la responsabilidad del profesional por el mal ejercicio de su profesión.
   ¿Cree usted que con los tipos de responsabilidades que se le pueden exigir al abogado, el particular está suficientemente protegido?
7. El abogado tiene la obligación de defender los intereses particulares de la mejor manera que sepa y pueda. En algunos casos ni siquiera puede elegir al cliente pues éste le viene impuesto de oficio.
   Incluso el culpable tiene derecho a la defensa ¿Qué le sugiere esta afirmación?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Una de las funciones del abogado es defender a quien no puede hacerlo por sí mismo.
   ¿Cree usted que eso es lo fundamental de su labor? O por el contrario ¿es preciso que esa defensa se produzca de alguna manera determinada?
2. Se ha afirmado en multitud de ocasiones que la profesión de abogado es la más cercana a la problemática práctica del Derecho.
   ¿Cree usted que esta afirmación es correcta? Si su respuesta es afirmativa ¿ A qué cree que se debe?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. La profesión de abogado ha experimentado cambios notables a lo largo de la historia. Sin embargo, su labor se ha mantenido durante el tiempo. Ordene según su importancia los siguientes elementos en tanto en cuanto influyan en el particular a la hora de solicitar los servicios de un abogado.

a) Especialización
b) Importe de sus honorarios
c) Número de casos ganados
d) Reputación ética
e) Simpatía personal
f) Sexo femenino o masculino

2. Cuáles de los siguientes elementos no encajan con la profesión de abogado

a) Profesión libre
b) Jerárquicamente organizada
c) Independiente

d) Al servicio de los intereses públicos
e) Al servicio de los intereses particulares
f) Consejero

3. Por lo que al secreto profesional se refiere. ¿Cuándo debe mantenerse?

a) En todo caso
b) Sólo cuando se acepte el caso
c) Sólo si es ético hacerlo
d) Durante el tiempo que el caso este *sub iudice*

4. Ordene por orden de importancia las características que a su juicio debe reunir un buen abogado.

a) Modestia
b) Sensatez
c) Saber escuchar
d) Rapidez de reflejos
e) Dar confianza al cliente
f) Ganar muchos casos

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. La profesión de abogado ha sido duramente criticada en muchas ocasiones. Los particulares no se fían demasiado de ellos.
   Razone brevemente cuáles cree que son las razones para ello.
2. En la misma línea de la pregunta anterior, es decir lamentando la falta de prestigio que en algunos casos están experimentando hoy en día las profesiones jurídicas en general y la del abogado en particular.
   Razone brevemente cómo podría ser mejorado este servicio.
3. La institución de la abogacía cuenta con muchos siglos de existencia.
   Resuma brevemente su aparición y desenvolvimiento a lo largo de la historia
4. La colegiación se ha convertido en imprescindible a la hora de poder ejercer la profesión de abogado. Muchos profesionales del Derecho son críticos en relación con este requisito argumentando que el título de licenciado en Derecho debidamente acreditado debería ser suficiente.
   Exponga brevemente razones a favor y en contra de la colegiación obligatoria.

TEMA XVIII

LA EXPERIENCIA JURÍDICA DEL REGISTRADOR

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. La figura del registrador. Antecedentes y situación actual.
   A) Antecedentes.
   B) Situación actual.
II. Distintos tipos de registros en la actualidad.
III. El registro de la propiedad en España.
   A) Funciones que cumple.
   B) Principios por los que se rige.
   C) Fines y garantías
IV. La experiencia jurídica del registrador.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El registrador es la persona que realiza la función de "registrar". Registrar es transcribir o extractar, en los libros de un registro público, las resoluciones de la autoridad o los actos jurídicos de los particulares.

2. La función genérica del registro es dar seguridad. Para cumplirla existen muchos y muy variados registros. El registro también puede ser un lugar en el cual se puede ver algo de forma fehaciente y segura. O incluso un libro en el que se apuntan una serie de noticias o datos.

3. Los antecedentes de esta figura se encuentran en el derecho medieval alemán. En España los antecedentes se basan en los sucesivos intentos de instauración de censos y tributos sobre inmuebles.

4. La seguridad que ofrece el registro es requerida para temas muy diversos. De modo que en la actualidad existen distintos tipos de registros en función de la materia o acto que debe ser registrado.

5. Desde el punto de vista de su utilidad quizá el registro de la propiedad es el que presenta mayor interés para el estudio que ahora nos ocupa. Este registro puede entenderse bajo una triple perspectiva: como institución, como oficina y como conjunto de libros.

6. El registro de la propiedad se rige por los principios hipotecarios que pueden ser previos, simultáneos o posteriores a la inscripción de la propiedad. Los fines de este registro son fundamentalmente dos: asegurar la propiedad inmueble, protegiendo así el tráfico jurídico y fomentando el crédito territorial median-

te la legitimación de los titulares registrados y de los terceros adquirientes. Y, efectuar la publicidad informativa o formal, contenida en los libros de registro.

7. La experiencia jurídica de los registradores se basa principalmente en proporcionar seguridad. Para lograr ese fin es necesario que estén en posesión de una formación jurídica muy completa. En cuanto a la función pública que desarrollan es importante que se mantengan alejados de cualquier tipo de influencia externa que pueda condicionar, de alguna manera su labor.

3. LECTURA

1. "La eficacia de la inscripción tiene su máximo exponente en el principio de la fe pública registral. Su formulación puede hacerse de una manera muy simple: El registro protege a toda aquella persona que confía en los datos que publica relativos al dominio o derechos reales. Con una fórmula más amplia, diríamos que protege a quien confía en los derechos que publica (pues ya sabemos que al registro tienen acceso, por excepción, derechos personales)".

DIEZ-PICAZO, José Luis & GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil,* Vol III, Tecnos. Madrid, 1997, p. 333.

2. "Los actos concernientes al estado civil de las personas se harán constar en el registro destinado a este efecto (art. 325). El registro del estado civil comprenderá las inscripciones o anotaciones de nacimientos, matrimonios, emancipaciones, reconocimientos y legitimaciones, defunciones, naturalizaciones y vecindad, y estará a cargo e los jueces municipales u otros funcionarios del orden civil en España y de los agentes consulares o diplomáticos en el extranjero (art. 326)".

CÓDIGO CIVIL, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. De entre el elenco de funciones que cumple el registrador, indudablemente la de dar fe es la más importante.

   ¿Es esta una función exclusiva del registrador?

2. Se entiende que el registro es el lugar al cual se acude para consultar las anotaciones registrales a fin de tener certeza sobre el estado actual y pasado de los inmuebles.

   ¿Es esta la única acepción de término "registro"? Si su respuesta es negativa ¿Podría explicar cuáles son las otras?

3. La figura del registro no surge de repente sino que presenta una evolución histórica muy interesante.

   Resuma brevemente los distintos hitos de su evolución centrándose, especialmente, en el ámbito español.

4. A pesar de que el registro de la propiedad es el mas usualmente utilizado en el ámbito del estudio que ahora nos ocupa, no debe ser olvidado el hecho de que existen otros muchos registros que tienen un papel muy importante en el tracto jurídico.

   ¿Podría decir cuales?

5. El registro de la propiedad bajo el sistema de folio real, tiene la misión de reflejar las distintas circunstancias a través de las cuales atraviesa a lo largo del tiempo un inmueble.

¿Podría explicar cuales son las acepciones de este tipo de registro?

6. El registro se rige por unos principios y cumple con unos determinados fines y garantías.
¿Podría decir cuales?

7. La experiencia jurídica del registrador es rica en matices, a pesar de no ser muy conocida. Su principal función es proporcionar seguridad al tráfico jurídico. Y para ello toda la doctrina coincide en la necesidad de que disponga de una completa formación jurídica.
¿Podría relacionar ambos elementos?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. El registro de la propiedad tiene su máximo exponente en asegurar el principio de fe pública registral.
¿A quienes protege?

2. El registrador de la propiedad tiene una serie de funciones perfectamente establecidas por la ley.
¿Qué tipo de actos recoge?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Se ha dicho hasta la saciedad que la función del registro es fundamentalmente dar fe y proporcionar con ello seguridad al tráfico jurídico. Para lograr este objetivo existen distintos tipos de registros en la actualidad. ¿Podría completar con los datos de los que dispone la lista de registros que se le ofrece a continuación?

a) Registro de la propiedad
b) Registro mercantil
c) Registro civil
d) Registro de la propiedad industrial

2. Seleccione, por orden de importancia cara a la realización de su función, las distintas labores que debe cumplir un registrador.

a) Dar fe
b) Aconsejar a los particulares
c) Tener la custodia de los libros del registro
d) Proceder a la demarcación territorial de una finca

3. La actividad registral se rige por una serie de principios previos, simultáneos y posteriores a la inscripción. En función de la lista que se le va a proporcionar a continuación, ¿podría decir a que grupo de principios pertenecen cada uno de los siguientes?

a) Rogación
b) Especialidad
c) Tracto sucesivo
d) Legalidad
e) Fe pública registral

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. Tomando como base los datos de los que dispone.

   ¿Podría hacer un breve resumen de por qué a su juicio surgió la figura del registrador en el ámbito del mundo jurídico y cuáles fueron los hitos fundamentales de este surgimiento?

2. La experiencia de los distintos operadores jurídicos muestra unas características diferenciadas en cada uno de ellos.

   ¿Podría decir de forma resumida, cuales son los elementos que distinguen la figura del registrador de otras de carácter jurídico?

3. Obviando el registro de la propiedad por haber sido objeto de un estudio un poco más detallado que los otros.

   ¿Podría mencionar brevemente cada uno de los registros que conoce y cuales son las funciones específicas que desarrollan?

4. El mundo jurídico está en constante evolución y así debe ser, puesto que la sociedad a la que sirve está en constante cambio. Esta circunstancia produce el efecto de la necesidad de continuas innovaciones. Tomando como base la experiencia jurídica del registrador.

   ¿Podría exponer brevemente algunas de las modificaciones que usted considera oportunas cara a mejorar la función registral, adaptándola a las nuevas realidades?

TEMA XIX

La experiencia jurídica del notario

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. La figura del notario.
II. Antecedentes y situación actual.
   A) Antecedentes.
   B) Situación actual.
III. El notariado en España.
   A) Ejercicio.
   B) Funciones.
   C) Formas de expresión.
   D) Deberes.
   E) Responsabilidades.
IV. La experiencia jurídica del notario

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El notario es un jurista perteneciente al cuerpo del Estado cuya función consiste en dar fe pública, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, proporcionando con ello seguridad y eficacia al tráfico jurídico.

2. La normativa que rige su función data de 1862 (concretamente Ley Orgánica de 28 de mayo de 1862, completada por el Reglamento de la organización y régimen del notariado aprobado por decreto de 2 de junio de 1944), aunque ha experimentado algunas variantes de muy escasa relevancia. Su figura surge de la necesidad que tiene el Estado de proteger y garantizar una serie de derechos privados. Su función es trascendental en el ámbito del derecho, por la fuerza probatoria del instrumento público que redacta.

3. El notario hoy en día es a la vez un profesional del Derecho y un funcionario público. Es un profesional en cuanto aconseja y asesora a sus clientes del medio jurídico más apropiado para el logro del fin práctico a conseguir. Y es funcionario público puesto que ejerce la fe pública notarial con una actuación conforme a la ley.

4. La última modificación relevante que afecta a la función notarial, entró en vigor el 1 de octubre de 2000. Apareció en la Ley 55/1999 de 29 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que es una de las leyes de acompañamiento de la ley de presupuestos generales del Estado. En ella en la

disposición adicional vigésimo cuarta se establece el régimen de integración de notarios y corredores de comercio colegiados.

5. Además de la misión fundamental de dar fe pública que se adscribe al notario, éste también tiene la función de autentificar a través de los documentos que elaboran, firman y sellan; así como dar forma solemne a determinados actos jurídicos y ayudar a los particulares a la manifestación de sus intereses de la manera más eficaz posible.

6. El notario, en el ejercicio de sus funciones, está sujeto a una serie de deberes y responsabilidades. Estas últimas pueden ser de carácter civil, penal y disciplinario.

7. La experiencia jurídica del notario muestra la necesidad de un permanente contacto de éste con la sociedad. Para el cumplimiento de su función es indispensable que entienda perfectamente lo que el particular le exige y el Estado demanda.

3. LECTURA

1. "La Institución del notariado es complemento necesario de la vida civil. La libertad individual ejercitada dentro de la esfera de la ley y creadora en prodigioso número y con infatigable actividad de vínculos y relaciones entre los particulares para el desarrollo de los fines de su personalidad, de su familia y de su propiedad, necesita ir constantemente asistida de medios por virtud de los cuales se dote todo el inmenso cúmulo de aquellas relaciones civiles de caracteres de legitimidad, facilidad, certeza, permanencia y eficacia".

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de ampliación del Derecho civil y códigos españoles*, T. II, Imprenta de F de los Reyes, Granada, 1879-1883, p. 217-218.

2. "No puede negarse el carácter público de la función y la institución notarial, reconocido por la Ley Orgánica del Notariado y por el Reglamento. Las finalidades de la autenticidad y la legitimación de los actos jurídicos exigen que el notario sea un funcionario público, que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que al interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del derecho asegurando la legalidad y prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas. Pero esta función pública tiene fines complejos y características especiales que la alejan mucho de las funciones típicamente administrativas... hay que prevenir el peligro de que el notario se convirtiera, merced a la acentuación del carácter administrativo de su función, en una rueda más de la máquina burocrática".

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Reus, Madrid, 1946, p. 38-39.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. Es de todos conocido el hecho de que el notario da fe pública con la finalidad de proporcionar seguridad y eficacia al tracto jurídico. Si esta es su función
   ¿Qué diferencia existe entre ella y la del registrador?

2. Se dice que la figura del notario tiene una importancia trascendental por la fuerza probatoria del instrumento que redacta.
   ¿Por qué motivo cree usted que dicho instrumento tiene tanta fuerza?
3. El notario actúa a la vez de forma privada y pública.
   Explique esta dualidad y analice cuál de estas dos facetas predomina en la función notarial, según su forma personal de entender la figura.
4. Una de las últimas modificaciones que se produjeron en cuanto a la determinación de la labor del notario se refiere, entró en vigor el 1 de octubre de 2000.
   ¿Qué variaciones introdujo con relación a la normativa anterior?
5. Una de las funciones del notario consiste en ayudar a los particulares en orden a lograr una forma mejor de manifestar sus intereses. Si la finalidad de ayuda y protección se centra en los intereses particulares,
   ¿En qué se diferencia este trabajo del de un abogado?
6. El notario en cuanto al ejercicio de su función está sujeto a una serie de deberes y responsabilidades.
   ¿Cuáles son y en dónde se regulan?
7. La figura del notario como operador jurídico no se diferencia de la del resto de los juristas en cuanto al servicio que están obligados a prestar a la sociedad. Sin embargo, sí existen diferencias en cuanto a la forma en la que ése servicio debe ser prestado.
   ¿Cuál o cuáles cree usted que deben ser las principales aptitudes que debe poseer un notario para el adecuado ejercicio de su profesión?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. La institución del notariado es un complemento necesario de la vida civil en orden a la protección de la libertad individual.
   ¿Sabría decir por qué?
2. El notario es un funcionario público con una serie de características determinadas en razón de la función que realiza.
   En razón de esa función tanto de carácter público como privado, ¿qué características debe mantener su línea de actuación? ¿Qué fallos debe evitar?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. ¿De qué manera se retribuyen en la actualidad en España los servicios de un notario?

a) Retribución libre
b) Sueldo
c) Arancel
d) De distintas formas según la comunidad autónoma de que se trate
e) Se pacta entre las partes

2. Los ciudadanos tienen derecho a elegir el notario que prefieran en cuanto a la prestación de sus servicios.

a) Siempre

b) Cuando la ley así lo establezca
c) Excepto cuando la ley lo prohíba expresamente
d) En ningún caso

3. Determine cuáles de las siguientes características podrían ser exigidas a un notario por su condición de tal.

a) No ser moroso
b) Ser un buen funcionario
c) Pagar sus deudas con rapidez
d) Residir en el lugar en donde radique físicamente su notaría

4. Los notarios, en ejercicio de sus funciones están sometidos a tres tipos de responsabilidades; civil, penal y disciplinaria. Califique de acuerdo con esta división tripartita, el tipo de responsabilidad en que incurriría un notario en la realización de las siguientes actividades:

a) Defectos formales o vicios de fondo
b) Falta de decoro
c) Conducta contraria a Derecho
d) Desacertada elección del medio jurídico empleado
e) Grave perjuicio a su cliente

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1 La figura del notario no surgió de repente en la historia sino que, por el contrario, presenta una evolución de interesante contenido.

¿Podría relatarla brevemente centrándose especialmente en el caso de España?

2. La gran presencia de la informática en el mundo jurídico ha planteado la posibilidad de que el ordenador pueda llegar si no a sustituir totalmente, sí a realizar algunas tareas propias del notario.

Razone brevemente qué opina sobre esta cuestión, y en caso de que su respuesta sea favorable, exponga el tipo de controles que debería satisfacer este proyecto.

3. Aunque la figura del notario es conocida en todos los sistema jurídicos, las funciones que realizan no son iguales en todos ellos. En la actualidad se pretende una unificación de funciones cara a facilitar la Unión Europea.

Exponga brevemente los tipos de sistemas notariales que conoce y cuál de ellos le parece más acertado.

4. El notario suele comunicar el resultado de su trabajo mediante la elaboración de documentos con valor de "instrumentos públicos". Sin embargo, en algunas ocasiones, el notario redacta documentos que no tienen ese valor.

Exponga brevemente algunos ejemplos.

TEMA XX

La experiencia jurídica. Universalidad o particularidad

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. La experiencia jurídica. Universalidad o particularidad

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El Derecho entendido como "universal", esconde muy distintas posibilidades de entender el fenómeno jurídico que están en función de quien sea el intérprete o partícipe en el mismo, así como el lugar o época en la que esta experiencia tenga lugar

2. La experiencia jurídica puede analizarse desde el punto de vista de cualquier operador jurídico y en ese sentido está totalmente abierta. Sería inútil intentar poner coto a la misma pues cada sujeto partícipe en ella aporta una visión diferente que integra un todo inescindible.

3. El Derecho puede ser estudiado desde un punto de vista teórico y desde una vertiente práctica. Ninguna de las dos son suficientes en sí mismas sino que se complementan. Sólo el equilibrio bien entendido entre ambas puede proporcionar un conocimiento adecuado del fenómenos jurídicos.

4. La teoría universal contemplada de forma aislada, lleva a una ciencia empobrecida, de despacho. Mientras que a su vez la práctica y la particularidad sin teoría conduce a una rutina empobrecedora y carente de sentido, así como incapaz de superarse a sí misma planteándose nuevos retos.

5. La experiencia jurídica ayuda a comprender la unión entre hecho-valor y norma. Por ello se presenta como un camino relativamente claro a la hora de transitarlo, pero con muchas e inevitables variantes a la hora de elegir el "itinerario" para hacerlo.

6. Es perfectamente concebible que la filosofía jurídica se organice sobre los principios de universalidad o abstracción y particularidad o relativismo, porque sus efectos prácticos no son contradictorios, aunque sí puedan serlo los teóricos. La clave está en la diferencia entre la razón especulativa y la práctica. La razón especulativa puede establecer antinomias a placer. Sin embargo la práctica, tiene que esforzarse mucho en evitarlas.

7. A lo largo de todos los capítulos dedicados a la fenomenología jurídica, se han ofrecido una serie de ejemplos de distintos operadores jurídicos en cuanto a la peculiar forma de cada uno de vivir la experiencia jurídica. Todos y cada uno

de ellos aportan puntos de vista a tener en cuenta sin los cuales sería imposible concebir el hecho jurídico en su totalidad.

3. LECTURA

1. "Conviene que el que ha de dedicarse al Derecho conozca primeramente de dónde deriva el término "ius" –o Derecho–. Es llamado así por derivar de la "justicia", pues, como elegantemente define Celso el Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo".

CELSO en DIGESTO, 1-1-1.

2. "El razonamiento jurídico tiene siempre una premisa mayor universal cuya universalidad se reduce al grupo de los que la aceptan en una cultura de tiempo y lugar; que el hecho jurídico sobre el que se razona siempre ocurre en las coordenadas que fijan un sitio y fecha determinados; que la regla que se le aplica es la que vale en un plazo y en un espacio que comprenden dentro de ellos a las propias coordenadas del suceso (y no otra) ; y que la sentencia resultante ha de convencer y pacificar al grupo social que forman los afectados para los que se emite".

PUY MUÑOZ, Francisco: El derecho, la justicia y la ley, nacen de fuentes locales en La Historia de la filosofía jurídica española, Fundación Alfredo Brañas, Santiago, 1998, p. 14.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. Se ha dicho en repetidas ocasiones a lo largo de la explicación de este tema, que la experiencia jurídica es universal en sí misma.
   ¿Podría decir en función de qué parámetros?
2. Una vez analizadas algunas de las formas de vivir la experiencia jurídica que presentan los distintos operadores jurídicos, se ha llegado a la conclusión de que ésta está abierta.
   ¿Podría cerrarse o completarse de alguna manera?
3. El Derecho presenta un equilibrio entre su faceta teórica y la práctica. Se ha argumentado a favor y en contra de esta teoría en múltiples ocasiones.
   ¿Qué opina de esta afirmación? Razone su respuesta
4. El Derecho necesita estar en permanente contacto con la sociedad para poder servirla. Si la teoría universal conduce a una ciencia empobrecida y el empleo únicamente de la práctica a una rutina empobrecedora.
   ¿Cuál sería, a su juicio, la forma adecuada de enfocar el estudio del Derecho?
5. Según la teoría tridimensional del Derecho formulada en su día por Miguel REALE, la experiencia jurídica debe manifestarse a través de tres parámetros perfectamente diferenciados. Estos son hecho, valor y norma.
   ¿Cómo se conjugan estos tres elementos en el conocimiento jurídico?
6. A pesar de que la teoría y la praxis del Derecho son distintas formas de enfocar la misma realidad jurídica, éstas se complementan.
   ¿Qué quiere decir la afirmación de que la razón especulativa puede establecer antinomias a placer y la práctica, por el contrario, tiene que evitarlas?

7. La experiencia jurídica es distinta en cada uno de los operadores jurídicos. En las lecciones anteriores se han presentado algunos ejemplos que ilustran esta afirmación. En función de ellos

   ¿Podría señalar algún elemento en el que la experiencia jurídica de todos ellos coincida?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Según Celso, uno de los más importantes juristas romanos, el Derecho es el "arte" de lo bueno y de lo justo.

   ¿Podría relacionar esta definición con el contenido del tema que estamos estudiando?

2. El Derecho como forma o arte de decir lo justo, se aplica de forma diferente, sobre cada caso concreto.

   ¿Cómo explicaría usted, desde este punto de vista, su carácter de universal?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Elija de las respuestas que se le ofrecen a continuación, las que le parezcan correctas. El conocimiento vulgar sobre el Derecho, así como el científico sobre el mismo objeto

a) Son totalmente distintos
b) Se diferencian por la forma de conocimiento pero no por el objeto
c) Son exactamente iguales
d) Se diferencian tanto en la forma como en el objeto de estudio

2. Desde el punto de vista de su particular experiencia jurídica, esto es como estudiante de Derecho ¿qué tipo de conocimiento del Derecho le parece más necesario?

a) Teórico
b) Práctico
c) Ambos por igual
d) Depende de la profesión jurídica que se elija

3. El enfoque de una parte de la Filosofía del Derecho como estudio de la experiencia jurídica de los distintos operadores jurídicos le ha parecido

a) Interesante pero ya conocida
b) Innecesaria por reiterativa
c) Novedosa
d) Improcedente

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. Una vez terminado el estudio de la parte de la Filosofía del Derecho dedicada a la fenomenología.

Razone brevemente cuál de los esquemas propuestos o propios, en cuanto al contenido que debe abarcar la Filosofía del Derecho le parece más convincente, y dentro de él, señale el papel de la fenomenología jurídica.

2. Después del estudio genérico que se ha abordado sobre las distintas formas de entender la experiencia jurídica que presentan los distintos operadores jurídicos.
   ¿Cuál le parece la más completa? Razone su respuesta.
3. De todas las experiencias jurídicas analizadas
   ¿Cuál le parece que se adecua mejor a sus propias aptitudes? Razone al respuesta.
4. A lo largo del presente estudio se ha hecho un somero repaso de distintas profesiones jurídicas. Se han obviado algunas por cuestiones de elección.
   ¿Ha echado en falta alguna en concreto? ¿Propondría algún cambio que hiciese más interesante , a su juicio, esta muestra?

TERCERA PARTE

ONTOLOGÍA JURÍDICA

FRANCISCO CARPINTERO BENITEZ. *Universidad de Cádiz*

TEMA XXI

PRAENOTANDA A LA ONTOLOGÍA JURÍDICA

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. ¿Qué es ontología jurídica.
II. El planteamiento "antiguo".
III. El planteamiento "moderno".
IV. El planteamiento actual.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La expresión ontología jurídica indica que los fundamentos del Derecho, o del razonamiento jurídico, no siempre son arbitrarios o puramente convencionales. Normalmente usamos tres palabras: necesario, discrecional y arbitrario. Decimos que es "necesario" que la suma de los ángulos de un triángulo sea igual a la suma de dos ángulos rectos (razón teórica), o que todo ser humano tenga derecho a la vida (una verdad de la razón práctica). En cambio, la regulación del tráfico rodado tiene bastante de "arbitrario": la luz roja de los semáforos podría ser de otro color cualquiera, y en algunos países los vehículos circulan por el lado izquierdo de la calzada. La decisión "discrecional" no es ni necesaria ni arbitraria, en el sentido antes aludido. Es un tipo de decisión que tiene en cuenta a las cosas tal como son y deben ser, y que frecuentemente admite varias soluciones. Porque el Ayuntamiento puede decidir gastarse el dinero de que dispone en adecentar la avenida principal, o en crear una nueva zona verde.

En sentido amplio, podríamos decir que la palabra ontología designa la existencia de "cosas", de un mundo más allá de las sensaciones humanas, que condiciona la decisión práctica, y que hace posible que tal decisión pueda ser necesaria, discrecional o arbitraria. Si negáramos este mundo de "cosas" habría que postular que toda decisión práctica es arbitraria, puramente convencional. Porque si decimos que todo ser humano tiene derecho a la vida, es porque entendemos que un ser humano es más que un animal. Si decimos que es razonable que el Ayuntamiento se gaste el dinero en crear una nueva zona verde, es porque entendemos que "objetivamente" es bueno que la ciudad disponga de una nueva zona verde.

2. ¿Por qué es necesario hacer hoy estas reflexiones tan evidentes? La razón es sencilla: desde el siglo XVII los filósofos han negado que el hombre pueda conocer algo más allá de las percepciones discontinuas que nos proporcionan los sentidos (vista, oído, olfato, gusto, tacto). No existe ningún mundo de ideas objetivo ni intersubjetivo y, en consecuencia, nadie puede afirmar que "es realmente bueno para la ciudad disponer de una nueva zona verde", y tampoco nadie puede afirmar que el hombre es más que un animal porque todo ser humano es una persona. Si leemos muchos ensayos sobre derechos humanos, casi todos comienzan diciendo que, puesto que no podemos conocer lo que son las cosas en sí (en este caso, no podemos conocer lo que es el ser humano), los derechos humanos no existen en el sentido usual de la palabra, pero hay que tenerlos en cuenta porque son universales que están de hecho implícitos en el lenguaje.

El origen del problema estuvo en DESCARTES, que afirmó que los sentidos nos engañan. Él tenía razón: como matemático y geómetra que era, él sabía que la geometría de EUCLIDES (que es como el más puro sentido común) no resiste el contraste con la realidad, cuando la realidad es estudiada desde otros puntos de vista distintos de los de EUCLIDES. El gran problema lo constituía en tiempos de DESCARTES el teorema sobre las paralelas, que conducía a absurdos cuando era desarrollado y formalizado matemáticamente. ¿Qué nos engaña: las matemáticas o la geometría de EUCLIDES? DESCARTES decidió que las matemáticas eran más fiables que la simple intuición sensorial de los objetos en el espacio, que eso es la geometría.

3. Desde que DESCARTES abrió el fuego declarando que no podemos conocer las cosas en sí mismas, sino en nosotros, los nominalistas (pensemos en HOBBES o LOCKE) se lanzaron abiertamente por este camino, sin más explicaciones, y mantuvieron que el hombre no puede conocer lo que son las cosas en sí mismas. Desde un problema ante todo geométrico, la dificultad fue extendida a todo el conocimiento. KANT fue quien resolvió de forma más plausible este problema, al que dedicó la primera parte de su "Crítica de la razón pura" (titulada "Doctrina de los elementos") y la tercera parte de esta misma obra, titulada "Doctrina trascendental del método").

4. DESCARTES y KANT tenían la vista en los problemas de la intuición de los cuerpos en el espacio, así como muchas otras cosas (los olores, sabores, colores, gusto) que parece que no tanto existen en la realidad como que el hombre aporta en su conocimiento de la realidad, de forma que lo conocido realmente es una síntesis de los fenómenos que percibimos por los sentidos con las categorías que aporta el ser humano en este conocimiento. Pero ni DESCARTES ni KANT afirmaron que el hombre no pueda conocer nada con evidencia. DESCARTES escribía: "Pero aunque los sentidos nos engañen a veces, acerca de cosas muy poco sensibles o muy remotas, acaso haya otras muchas de las que no pueda razonablemente dudarse, aunque las conozcamos por medio de los sentidos: como son, por ejemplo, que estoy aquí, sentado junto al fuego, vestido con una bata, teniendo este papel en las manos, y otras por el estilo. ¿Y como negar que este cuerpo y estas manos sean míos, a no ser que me empareje a algunos insensatos cuyo cerebro está tan

turbio y ofuscado por los negros vapores de la bilis, que afirman de continuo ser reyes, siendo muy pobres...? KANT fue aún más explícito pues, tras aludir reiteradamente al conocimiento de los teoremas geométricos, se preguntó si también el derecho se forma en la síntesis de lo percibido por los sentidos con las categorías puras del entendimiento, y escribió que "El concepto de *derecho*, del que el entendimiento sano hace uso, contiene indudablemente todo lo que la especulación más sutil es capaz de desarrollar a partir de él, pero en el uso común y práctico no se tiene conciencia de las diversas representaciones incluidas en este pensamiento. Por ello no puede decirse que el concepto común sea sensible ni que contenga un mero fenómeno, ya que el derecho no puede manifestarse, sino que tenemos su concepto en el entendimiento y representa una propiedad (la propiedad moral) de las acciones, una propiedad que pertenece a éstas en sí mismas. Por el contrario, la representación de un *cuerpo* en la intuición no contiene absolutamente nada que pueda pertenecer a un objeto en sí mismo, sino simplemente el fenómeno de algo y el modo según el cual ese algo nos afecta". ("Crítica de la razón pura". Trad. de P. Ribó. Alfaguara. Madrid, 1988, A 42-A 43).

5. DESCARTES y KANT tenían razón: la realidad no nos proporciona las notas musicales, y las categorías de ángulo recto, circunferencia o líneas paralelas son "creaciones" humanas. Todo esto es especialmente patente en el caso de la geometría, y pocos años después de la muerte de KANT, GAUSS (uno de los grandes geómetras del siglo XIX) ya afirmó la posibilidad de construir geometrías no euclídeas,

6. Todo esto influyó enormemente en la filosofía práctica, de la que el derecho es una parte. Porque desde HOBBES se puso de moda el nominalismo, que es una actitud (más vital que no filosófica) que quiere decir que no podemos conocer lo que es el hombre, o una compraventa, o una herencia, o la dignidad humana, etc. Si el ser humano no puede "conocer" su realidad cotidiana, ha de crearla: ¿cómo? Cada teórico del Derecho natural moderno aportó su teoría: partiendo desde la sociabilidad y la libertad individual, según PUFENDORF, desde el hedonismo según THOMASIUS, desde algunas pasiones especialmente benefactoras según HUME. Lo único cierto es que, en nombre de la única razón, cada cual aportó "su" propia teoría, como denunciaba ya Samuel COCCEIUS hacia el año 1700. Lo que todos tienen en común es postular que el ser humano no puede "conocer" en su conciencia que es malo asesinar, violar, mentir o estafar. Karl BERGBOHM, el gran campeón del positivismo jurídico en el siglo XIX se preguntaba: "¿Es que acaso no es evidente que la propiedad debe ser respetada, que los delincuentes deben ser perseguidos?" Y respondía: "Nadie, absolutamente nadie, siente igual".

7. Esto no es cierto. El "nadie siente igual" de BERGBOHM (que implicaba el más completo relativismo moral), no es realista: nadie puede obligarnos a afiliarnos a un partido político, pero la sociedad debe obligar a que se paguen las deudas. Además, la democracia no se basa en el relativismo moral, sino que supone la afirmación decidida de muchos derechos individuales y sociales.

3. LECTURA

David HUME escribía: "El papel sobre el que escribo en este momento está allende mi mano. La mesa está allende el papel. Las paredes de la habitación, allende la mesa. Y al dirigir mi vista a la ventana, contemplo una gran extensión de campos y edificios allende la habitación. De todo esto podría inferirse que no hace falta más facultad que los sentidos para convencernos de la existencia externa de los cuerpos. Pero para guardarnos de hacer esta inferencia no necesitamos sino considerar las tres reflexiones siguientes. Primera, que hablando con propiedad, no es nuestro cuerpo lo que percibimos cuando miramos nuestros miembros y partes, sino ciertas impresiones que entran por los sentidos: de modo que atribuir existencia real y corpórea a esas impresiones o a sus objetos es un acto de la mente tan difícil de explicar como el que estamos examinando ahora. Segunda: los sonidos, sabores y olores, aun siendo considerados normalmente por la mente como cualidades independientes y continuas, no parecen tener existencia alguna en extensión, y en consecuencia no pueden aparecer a los sentidos como si fueran algo situado externamente al cuerpo ... De este modo, y resumiendo lo dicho sobre los sentidos, es evidente que éstos no nos entregan noción alguna de existencia continua, pues no pueden actuar más allá de los límites en que de hecho actúan ... En efecto. la filosofía nos dice que toda cosa manifiesta a la mente no es sino una percepción, y que ésta es discontinua y dependiente de la mente; el vulgo, en cambio, confunde percepciones y objetos, y atribuye una existencia distinta y continua a las cosas que ve y siente ...

Así que, en suma, nuestra razón no nos da, ni le sería posible darnos bajo ningún supuesto, seguridad alguna de la existencia distinta y continua de los cuerpos. Esa opinión tendrá que deberse enteramente a la imaginación, que será ahora nuestro tema de estudio".

Tratado de la naturaleza humana. Trad. de F. DUQUE. Tecnos, Madrid, 1988, págs. 280-284.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. DESCARTES y KANT nos hicieron comprender que nociones tales como espacio y tiempo, magnitud, tamaño, figura, etc. son categorías que siempre y necesariamente aporta la mente humana cuando conoce la realidad física. Pero estas categorías *a priori* y necesarias, **¿se pueden y deben aplicar a otro tipo de nociones, tales como derecho a la vida, a la libertad, a la dignidad?**
2. Cuando John NEVILLE FIGGIS explicaba, sobre la actitud de HOBBES, que *He had the limited horizon and unlimited influence which always come of narrowing the probleme*, **¿expresaba algo con sentido?**
3. Si hablamos sobre la libertad, la dignidad, etc. del ser humano, las discusiones nos ocuparán mucho tiempo. Lo pertinente es preguntarse: **¿Tiene sentido discutir sobre palabras tan abstractas?**
4. Los juristas romanos no nos proporcionaron definiciones de los institutos jurídicos, ya que ellos entendían que *Omnis definitio est in jure periculosa*. **¿Qué querían dar a entender con este aforismo?**
5. **¿Por qué John AUSTIN explicaba, a comienzos del siglo XIX, que corresponde a la esencia de la verdad ser siempre concreta?**
6. Examinemos nuestra vida cotidiana: **¿todas las decisiones que tomamos son arbitrarias, esto es, carentes de fundamentos válidos?**
7. **¿El ser humano se mueve en un mundo informe, o encuentra estructuras de comportamiento que dan sentido a sus acciones?**

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. HUME indica que "hablando con propiedad, no es nuestro cuerpo lo que percibimos cuando miramos nuestros miembros y partes, sino ciertas impresiones que entran por los sentidos; de modo que atribuir existencia real y corpórea a esas impresiones o a sus objetos es un acto de la mente tan difícil de explicar...". Tenga presente que estamos ante uno de los textos más importantes y decisivos de la filosofía moderna y contemporánea, que ha marcado decisivamente la dirección empirista de la ciencia (también de la ciencia sobre el hombre) en el siglo XX. Desde luego, si establecemos una separación tajante (no una simple distinción) entre nuestro yo que autoreflexiona sobre sí mismo, y las impresiones que nos proporcionan los sentidos, es patente que no podemos conocer nada, porque quedaremos a solas con nuestro yo. Aun así, la autoreflexión introspectiva que descubre el "yo" peca de ingenua, porque no asume el criticismo que ella impone a los sentidos. Pascal, anticipándose al panorama que veía venir imparablemente, escribía en el pensamiento nº 434: **"¿Qué hará el hombre en este estado? ¿Dudará de todo? ¿Dudará si duerme, si se pincha, si se quema? ¿Dudará de si duda? No se llega hasta aquí, y pongo en tela de juicio que haya habido nunca un pirrónico perfecto. La naturaleza sostiene a la razón impotente y le impide divagar hasta ese punto".**
2. Para justificar su escepticismo, HUME se remite a los sonidos, sabores y olores, que no son realidades substantivas, sino solamente cualidades de los cuerpos dependientes de la estructura cognoscitiva del ser humano. La física contemporánea sí ha mostrado que los colores tienen una base física medible cuantitativamente. Pero hay que reconocer que, aun así, existen cuestiones (por ejemplo, las relacionadas con el gusto) que siguen dependiendo de las facultades cognoscitivas del hombre. Pero del hecho de que un sector de nuestro conocimiento dependa esencialmente del ser humano, no se sigue que todo el conocimiento dependa esencialmente de lo que es el ser humano, de forma que nunca podamos conocer lo que es la cosa en sí, como es mi mano, mi cabeza o mi casa.
3. Este filósofo nos indica que "resumiendo lo dicho sobre los sentidos, es evidente que éstos no nos entregan noción alguna de existencia continua, pues no pueden actuar más allá de los límites en que de hecho actúan ... En efecto, la filosofía nos dice que toda cosa manifiesta a la mente no es sino una percepción, y que ésta es discontinua y dependiente de la mente". Al escribir esto, HUME solamente reproducía objeciones populares del siglo XVIII contra la existencia de las cosas; pero, mientras otros filósofos no se atrevieron a expresarlas en sus escritos, por parecerles irracionales, HUME tuvo la desvergüenza de llevar la lógica del "yo" hasta sus últimas consecuencias. **¿Usted piensa que no podemos establecer la "existencia continuada" de las cosas que tenemos, vemos y usamos?**
4. **¿Qué es más racional: reconocer lo que vemos mediante la experiencia directa (evidencia) o sostener argumentos extremadamente racionalistas?**

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. **Dictamine usted si puede asegurar con total seguridad si vive en tal ciudad, tal calle. Tenga en cuenta que si afirma: "Vivo en tal calle", su actitud implica un reconocimiento de la realidad mucho más próximo a la metafísica que al empirismo.**

2. **Algunos mantienen que, o conocemos todo con absoluta seguridad, o no conocemos nada con certeza. ¿Cree usted que existe un término medio entre ambas actitudes tan rotundas?**

3. **Del hecho de ser consciente de que las categorías de espacio y tiempo son estrictamente humanas, por lo que nunca conoceremos lo que es la sucesión en sí (relacionada con el tiempo), o lo que es la posición de un objeto en el espacio, ¿se sigue que no podamos conocer verdades prácticas elementales, morales o jurídicas? ¿O que su conocimiento no sea vinculante?**

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Razone brevemente por qué nadie puede obligarnos a profesar una religión determinada pero la sociedad sí puede o debe evitar que se violen mujeres o explote a los inmigrantes.**
2. **Según KANT, el conocimiento puro a priori, ¿a qué se refiere? ¿A todas las ideas, a las nociones de colores, al tiempo y al espacio, a las figuras geométricas, a los distintos tipos de árboles?**
3. **Razone en un folio por qué la democracia no puede basarse en el relativismo moral.**
4. **¿Eran coherentes y honestos consigo mismos LOCKE o HUME cuando negaban filosóficamente la existencia de la libertad humana, pero reclamaban en sus tratados políticos y económicos la libertad individual como el máximo derecho del ser humano?**

TEMA XXII

LOS SUJETOS ASALARIADOS

1. INDICE DEL TEMA

I. Las personas y las cosas.
II. No existimos aisladamente.
III. La juridicidad de los derechos.
IV. Carácter defensivo y concepto histórico.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El problema del individualismo jurídico-político tuvo un origen histórico, esto es, unos condicionantes históricos que lo explican suficientemente, y fuera de los cuales es ininteligible. Podríamos decir que constituye un "concepto histórico". Pues se trató de la lucha revolucionaria contra la sociedad estamental y la monarquía autoritaria propia del Antiguo Régimen.

2. La mentalidad liberal, que se gestó a lo largo de los siglos XVI y XVII, concibió a unos individuos aislados e independientes en el *status naturae* que no reconocen más vinculaciones que aquellas en las que hayan prestado su consentimiento. Fue HOBBES quien (a pesar de su actitud antiliberal) creó la terminología que impuso históricamente: los hombres gozan primero de un *jus seu libertas* que, en un segundo momento, ha de ser recortado por la *lex* para hacer posible la convivencia. Quedó establecido el esquema genético que se expresa: *jus vel libertas-lex, quae constringit.*

3. John LOCKE (hacia 1690) fue el primer autor conocido que hizo del derecho a la propiedad privada un derecho innato o natural del hombre. Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA (1560), Hugo GROCIO (1625), Samuel PUFENDORF (1665) habían hablado de la libertad personal como el derecho natural del ser humano. Locke añadió el derecho a la propiedad, sin limitaciones en la cantidad de propiedades que se podían ostentar: LOCKE fue el primer gran teórico de la sociedad liberal-capitalista. A lo largo del siglo XVIII los alemanes crearon la figura del "Rechtsstaat" o Estado de Derecho para designar la sociedad política para defender los tres derechos naturales del hombre: la libertad, igualdad y propiedad, que peligraban en el *status naturae.*

4. La libertad devino así la única categoría fundante del derecho. Desde la igual libertad brotaba el derecho a la igualdad, y desde la exigencia de libertad en el mundo exterior o de los sentidos (Sinnenwelt) surgía la propiedad. ¿Cuánto se puede poseer? KANT siguió estrechamente en este punto las ideas inglesas, perso-

nificadas en LOCKE y ADAM SMITH, y explicó que el tránsito desde el derecho provisorio propio del *status naturae* al derecho perentorio propio de la sociedad política no prejuzga nada acerca de la cantidad de las propiedades. Sus discípulos (die Kantianer) le siguieron también en este tema, y Europa y América se fueron llenando en el siglo XIX de propiedades liberales, esto es, absolutas e ilimitadas.

5. El hombre fue entendido así como una unidad de arbitrio indeterminable desde fuera. Bajo el arbitrio personal comprendían las propiedades. Se trataba que, en el tránsito desde el estado de naturaleza a la sociedad civil y política, el arbitrio y la libertad de cada cual fueran defendidos de manera eficaz, con la fuerza reunida de toda la sociedad.

6. Se trataba también de que las leyes fueran iguales para todos, pues si no, una persona respetaría a los demás, y nadie le respetaría a ella. La Ilustración entendió que la gran clave para la explicación de la justicia se encontraba en la igualdad, de forma que hasta la misma libertad no podía ser sino la igualdad ante las leyes. Se trató de una exageración que funcionó eficazmente.

7. Estas ideas triunfaron definitivamente con KANT y sus discípulos. PUFENDORF había hablado de una "libertad al modo espacial", como formando un cerco alrededor de cada persona, y KANT se remitió expresamente a esta figura geométrica del cerco en torno a cada persona. Sus discípulos, que llenan toda la cultura alemana entre 1790 y 1830, popularizaron la doctrina de las "esferas de libertad".

3. LECTURA

HEGEL escribe: "Cuando la voluntad se determina de acuerdo con este aspecto de ella que se acaba de determinar –esta posibilidad absoluta de abstraerme de toda determinación en que me encuentre o que yo haya puesto en mí, la huida ante todo contenido como una limitación–, o cuando la representación lo toma por sí como la libertad, se está entonces ante la libertad negativa ... Es la libertad del vacío. Elevada a figura real y transformada en pasión, se manifiesta, mientras aún se mantiene en su forma meramente teórica, en el fanatismo religioso de la pura contemplación hindú, vuelta hacia la realidad, se manifiesta en el fanatismo que, tanto en lo religioso como en lo político, se traduce en la destrucción de todo orden social existente y en la expulsión de todo individuo sospechoso de pretender un orden, así como en la aniquilación de todo orden que quiera resurgir. Sólo destruyendo algo tiene esta voluntad negativa el sentimiento de su existencia. Cree querer una situación positiva, por ejemplo la igualdad universal o una vida religiosa universal, pero de hecho no quiere su realidad positiva, pues ésta acarrea inmediatamente un orden, una particularización, tanto de las instituciones como de los individuos, particularización y determinación objetiva cuya aniquilación necesita esta libertad negativa para llegar a su autoconciencia".

Filosofía del Derecho. Trad. de J. L. VERMAL. Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1975, § 5).

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. La mentalidad revolucionaria luchó contra la monarquía, los gremios, las hermandades, la Iglesia, etc., en nombre de los derechos individuales de las personas. Toda "sociedad intermedia o parcial" entre el individuo y el poder político fue vista como enemiga de la li-

bertad, y por ello, los líderes sindicales, por ejemplo, fueron perseguidos durante el siglo XIX como verdaderos delincuentes. La declaración universal de los derechos humanos de 1948 sigue afirmando solamente los derechos individuales.

¿Sigue siendo admisible hoy este planteamiento propio de la modernidad?

2. Los kantianos que historié en "La Cabeza de Jano" afirmaron que la libertad únicamente podía ser "formal, negativa y vacía". **Podemos cuestionarnos si ha de ser así necesariamente, o si la libertad puede tener unos contenidos más positivos y menos vacíos.**

3. La doctrina de las "esferas de libertad" (que, a pesar de su origen alemán, se extendió de hecho por todo el mundo) lleva a enfrentar a los individuos, pues cada uno ha de defender su esfera de libertad frente a posibles intromisiones de los demás. **¿Esta mentalidad fomenta el enfrentamiento social y personal?**

4. Pregúntese el lector porqué antes de la mentalidad revolucionaria, la sociedad europea no puede ser descrita en términos de enfrentamientos propiamente ideológicos: existían banderías, grupos de presión, etc., pero no partidos políticos permanentes enfrentados por definición.

5. La revolución vivenció como tarea prioritaria destruir las instituciones existentes para que los hombres pudieran ser libres. Porque la mentalidad progresista del siglo XVIII entendía que las instituciones existentes no eran más que cristalizaciones de prejuicios y prepotencias, de forma que la sola desaparición de ellas volvería libres y felices a los ciudadanos de una forma cualitativa y cuantitativa como no lo habían sido jamás. De ahí el carácter escatológico de las místicas revolucionarias. **¿Podemos mantener hoy esta actitud?**

6. Los contrarrevolucionarios (De Bonald, de Maistre, Lammenais, en Francia, Ludwig von Haller y Adam Müller, en Alemania, etc.) se limitaron a condenar el movimiento revolucionario, sin reconocer ninguna vertiente positiva en lo sucedido. **¿Esta actitud es correcta?**

7. El juego intelectual del *jus seu libertas-lex, quae constringit* se ha hecho notar en el hombre actual. Porque casi todos los medios de formación insisten primero en el individuo libre, cargado de derechos (siempre derechos individuales) y, en un segundo momento, se le requiere para que participe en empresas colectivas: el mantenimiento de la Seguridad Social, la creación de empleo legal, impuestos con diversos fines. **El problema es: este hombre así formado, ¿está preparado para la vida social?**

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Hegel explicaba que "esta posibilidad absoluta de abstraerme de toda determinación en que me encuentre o que yo haya puesto en mí, la huida ante todo contenido como una limitación...". **¿Alguien puede abstraerse de toda determinación, de modo que se piense él a sí mismo al margen de toda cultura?**

2. Cuando alguno sigue la actitud de Descartes (interiorización completa del yo), **¿se produce necesariamente una huida de toda concreción social?**

3. **Las limitaciones del yo, ¿qué son ante todo: simples limitaciones o posibilitantes para el despliegue de nuestra personalidad? Existen personas en situaciones extremas de miseria o de opresión: pero entienda el lector que no me refiero a este tipo de cosas.**

4. **¿Alguno de nosotros tiene un "yo" distinto de la opinión que merecemos a los demás, a la sociedad? ¿Hay algo de verdad en los grandes materialistas del siglo XVIII que, como Helvetius o d'Holbach, diluían el yo en la opinión social?**

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. **Explique usted si la noción moderna de una "libertad en general" dio lugar históricamente, y de forma dialéctica, a la noción de un "sometimiento en general". Así, el Estado "tiene que" ser obedecido.**

2. **Los médicos de niños han dado en Andalucía una voz de alarma: los niños sufren trastornos afectivos en las guarderías porque llegan ya con mentalidad de enfrentamiento con sus monitoras. Cabe cuestionar si la noción de libertad previa, general y omnímoda, está relacionada con este hecho.**

3. **Ante sus profesores, ¿qué actitud adoptaría usted: de colaboración o de enfrentamiento? Razone su respuesta en un folio.**

4. **La mentalidad liberal postula que cuanto mayor es el derecho de uno, menos queda para los demás. No cabe duda de que esto es cierto cuando se trata de repartir bienes escasos. Pero este planteamiento, ¿es aplicable a todos los derechos?**

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. Todos tenemos intereses, pero ¿qué es lo que convierte a un interés en un derecho? **Razone las diferencias que hay entre estos dos intereses: usted desea poseer un barco para hacer vela en el mar. Usted desea jubilarse con una pensión que le permita vivir dignamente.**

2. Nadie duda que la libertad "ad analogiam spatii", esto es, la libertad formal y vacía es un bien positivo para todos nosotros. Pero, **¿puede ser erigida en la categoría primaria y fundamental del Derecho?**

3. Si usted forma parte de un órgano de gobierno que ha decidir sobre una cuestión que afecta a la institución a la que sirve, **¿a qué atiende preferentemente, a sus intereses o a la finalidad de la institución que gobierna? Dedicar atención al bien de la institución, ¿implica dejar desatendidos los intereses de las personas que trabajan en ella? Razone su respuesta.**

4. Las sociedades parciales o intermedias, **¿son instrumentos de opresión o pueden servir para potenciar la libertad de muchas personas?**

TEMA XXIII

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Los principios fundamentales.
II. El consenso ideal.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El tratamiento de la ontología jurídica ha de comenzar por la estructura moral del ser humano. Pues la moral no es sino el arte de saber realizar la humanidad que portamos cada uno de nosotros: ésta es una tesis muy de Tomás DE AQUINO, como en general de la mentalidad de la Antigüedad.

2. Aquí late un problema histórico, aún poco estudiado. Nosotros, en el año 2001, tenemos ideas "modernas" sobre la moral. Antes del siglo XVII la moral no era considerada tanto un conjunto de normas como un conjunto de objetivos o metas a alcanzar, de forma que el hombre malo no era tanto el que incumplía una orden, como el que no era capaz de llegar al fin. Fueron los últimos escolásticos que cierran la llamada "Segunda escolástica española" los que insistieron –de acuerdo con la mentalidad puritana que entonces se estaba imponiendo– en las naturalezas inmutables de las cosas *(lex indicans)* y en el mandato divino de cumplir tales naturalezas *(lex praecipiens)*. El que se rebeló expresamente contra Tomás DE AQUINO (representante de la doctrina ética antigua y medieval) fue Gabriel VÁZQUEZ DE BELMONTE. Le siguieron Luis DE MOLINA y Francisco SUÁREZ, personajes extraordinariamente influyentes a través de varios siglos. Estos escolásticos mantuvieron el criterio *ex objecto* como el único que podía dar cuenta de la moral. *Ex objecto* quiere decir desde la cosa misma, pues ellos entendían que siempre será bueno ayudar al que está en extrema necesidad, y siempre será malo adulterar. Así, las conductas son buenas o malas "por sí mismas". En la polémica contra el nominalismo de Samuel PUFENDORF (hacia 1670) los teólogos luteranos demostraron conocer bien a SUÁREZ, y los teólogos católicos que reaccionaron en el siglo XVIII contra la vertiente secularizadora del nuevo Derecho natural (caso de SCHWARZ, FINETTI o DESING) interpretan toda la escolástica bajo el prisma de SUÁREZ. Entre los católicos conservadores, esta mentalidad alcanza al día de hoy.

3. En las corrientes materialistas del siglo XVIII, la moral existente fue entendida como el conjunto de prejuicios propios de épocas de oscurantismo. Pero hay que decir que se enfrentaban a un enemigo fácilmente vencible: la doctrina del

criterio *ex objecto*, que únicamente repetía la inmodificabilidad, invariabilidad y eternidad de las normas morales.

4. Que no todo sea evidente no quiere decir que no todo sea siempre dudoso. Los seres humanos tenemos los "primeros principios de la razón práctica", que enuncian que está mal mentir, robar o explotar a los demás. La crisis moderna de la ciencia clásica (cuando DESCARTES dudó de la geometría euclídea) afectó a un sector de nuestros conocimientos, aunque algunos mantienen que DESCARTES, LOCKE, HUME y KANT demostraron que es imposible el conocimiento de "la cosa en sí". Aparte de que la obra de KANT fue una gran reacción contra el empirismo inglés, que él personificaba en David HUME, del hecho de reconocer que la realidad extrahumana no nos proporciona algunas categorías (me remito a lo ya explicado), no se sigue que no sepamos con toda certeza que la Universidad Complutense está en Madrid, o que es un desalmado quien explote a las inmigrantes como prostitutas.

5. La evidencia es el conocimiento tan directo e inmediato que agota lo que podemos decir sobre el proceso cognoscitivo: si alguien nos dice que él quiere hacer que los inmigrantes sin documentos trabajen para él como él quiere, no podemos argumentarle nada. Hay que decirle que eso "está mal". Porque no existen realidades todavía más elementales en las cuales pudiera ser dividida la proposición: "está mal explotar a los demás".

6. Distinta de la evidencia es el conocimiento indirecto, o demostrativo, también llamado argumentativo. Este conocimiento es el único posible cuando no podemos tener experiencia directa de algo, o cuando esa experiencia aparentemente directa nos engaña, como le sucedía a DESCARTES con la geometría al uso entonces. Por ejemplo, Albert EINSTEIN diseñó toda su física teórica mediante razonamientos: las teorías sobre la relatividad constituyen conocimiento indirecto o demostrativo.

7. Pero el conocimiento indirecto se apoya también en el directo. Primero, porque los axiomas primeros han de ser ciertos. Después, porque cada paso de un teorema a otro ha de apoyarse en una "evidencia de verdad".

3. LECTURA

Escribí hace algún tiempo: "Me parece que el consenso es siempre y necesariamente empírico. Efectivamente, lo característico del consenso es llegar a un acuerdo "real" sobre intereses "reales". Si prescindimos, por medio de la imaginación, de las situaciones reales y empíricas, con sus inevitables desigualdades reales, no tiene sentido alguno la figura del consenso; hablar de un consenso no-empírico sería como hablar de una bicicleta sin ruedas. HABERMAS, por ejemplo, "quiere" hablar de consenso (ideal) porque él quiere –dado el prestigio actual de las teorías democráticas– que su propuesta ética se adecue a lo que demandan los tiempos; se trata de una exigencia entre oportunista y arbitraria, sin perjuicio de que en muchos campos de la vida sea exigible libertad e igualdad.

En realidad, estos autores de la ética procedimental, por apartarse de la "realidad" y proponer o postular un diálogo "ideal", van a parar en último término a un discurso estrictamente monológico dictado por una "cabeza pensante" que, desde su mesa de trabajo, universitaria o ministerial, nos dicte lo que realmente es constitutivo de la "justicia": un consenso "ideal"

sólo puede ser dictado -nunca acordado- por las personas que tienen patente de racionalidad. Todo se reduce, pues, a un monologismo con visos de imposición autoritaria aunque, eso sí, en nombre de los intereses "verdaderamente generalizables", emancipatorios, etcétera.

Me parece que hablar de un consenso ideal supone dejarse llevar por lo que imprecisamente podría llamar "la fuerza de las ideas". Recuerdo haber leído en "Harper's", hace años, un artículo de un antropólogo norteamericano en el que venía a decir: "Intellectuals get saized by the Power of the Ideas and say: go, it's fun!". Y es que el consenso, como explica Trigeaud en De l'universalité, se crea en el Aerópago, tal como mostraron los griegos: no puede ser un consenso abstracto o ideal, sino necesariamente variable y eficaz".

Derecho y ontología jurídica. Actas. Madrid, 1993, pág. 54.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. La mentalidad relativista entiende que toda persona tiene derecho a pensar como quiera y a expresar lo que quiere. ¿Se puede elogiar a los terroristas? **¿se podría mantener que esta conducta cae dentro de la libertad de expresión?**
2. Hay que cuestionarse si todas las normas son prejuicios provenientes, por lo general, de confesiones religiosas. El caso de las niñas del pueblo de Valencia que fueron violadas y asesinadas conmovió a toda España: **Podemos preguntarnos si toda España quedó removida por prejuicios religiosos, o porque existe una moral "natural" que prohibe este tipo de cosas.**
3. Un caso que el autor de estas líneas ha visto recientemente: la empresa AA, que fabrica vigas para la construcción, vende viguetas a la empresa de construcciones BB. La empresa constructora BB coloca inadecuadamente estas viguetas en la parte más alta del edificio en construcción, caen al vacío, y matan a un trabajador. Los abogados de la empresa constructora demandan a la empresa que fabricó las viguetas. El juez archivó la querella de la empresa constructora BB contra la fabricante de viguetas AA, y comenzó una investigación dirigida contra la empresa constructora que había apilado inadecuadamente las vigas en el edificio en construcción. Si retomo la terminología del comienzo de estas prácticas, **¿el juez actuó necesariamente, discrecionalmente, o arbitrariamente?**
4. Thomas Reid, creador (junto con Lord Shaftesbury) de la teoría del "common sense" destacó ya los condicionantes históricos del aparente sentido común. Nuestro sentido común, en temas de justicia, **¿es siempre puro, porque sólo expresa verdades incontrovertibles? ¿No sirve de nada, porque existen en él condicionantes históricos?**
5. El pensamiento secularizador no puede admitir que exista la conciencia moral "en" el ser humano. Porque la conciencia es un dato necesariamente teológico, por el que cada hombre se reconoce como algo superior a sí mismo individuo. **¿Funcionan en la práctica los procedimientos sustitutorios de la conciencia moral? Piense el lector en las teorías de la Escuela de Erlangen, en la razón práctica de Habermas o Rawls, etc.**
6. La conciencia se localiza en la dimensión de la razón que llamamos *"intellectus"*. Existe otra vertiente de la misma razón que los griegos llamaron *"dianoia"*, que es la *"ratio"* latina, que sirve para hacer cálculos y silogismos. Tomás de Aquino entendía que lo que diferencia al hombre del animal es la existencia del *"intellectus"*. **¿Es admisible este planteamiento de las diferencias entre animalidad y racionalidad?**
7. La ética tiene una vertiente de principios, en donde funciona la evidencia, y otra vertiente de consecuencias, en donde funciona en mayor medida el cálculo racional de las conse-

cuencias de nuestros actos. ¿Sería admisible solamente una ética de principios, o solamente una ética consecuencialista?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Lo característico del consenso es llegar a un acuerdo real sobre intereses reales. Puede haber (las hay diariamente) prepotencias en la conclusión de los acuerdos de todo tipo que tomamos. Pero si situamos bajo sospecha el acuerdo alcanzado en nombre de un consenso ideal, ¿no supone esto volver (con terminología nueva) a una vieja versión de la ley o del Derecho natural?
2. ¿No cree usted que la gran fuerza del contrato reside en romper los moldes de la idealidad (todos tenemos nuestro interés ideal en cada situación) para llegar a una situación de acuerdo "real".
3. Dejando de lado situaciones extremas, este ajuste a la realidad de los demás, ¿ha de ser valorado positiva o negativamente? ¿Por qué entienden algunos que lo peor que le puede suceder a un ser humano es que tenga la posibilidad de hacer "todo" lo que él quiere?
4. ¿Le parece que la figura del consenso ideal introduce en nuestra teoría jurídico-política un Caballo de Troya para el despotismo?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Argumente si la moral es cuestión de normas o de bienes que hay que alcanzar. O si es una mixtura de ambas cosas.
2. Algunos propugnan hoy una moral estrictamente consecuencialista. Pero observamos que buena parte de los bienes vienen constituidos por sí mismos, es decir, por las normas que los expresan: no tiene sentido decir "No robes para ser honrado", porque se es honrado no robando, entre otras cosas.
3. Argumente en qué casos es suficiente el criterio *ex objecto*. Proponga un par de ejemplos en los que este criterio se muestra insuficiente.
4. Si una norma moral viene recogida por el Derecho positivo (como están recogidas tantas normas morales), ¿deja por eso de ser una norma moral? Razone la respuesta.
5. La mayor parte de los teóricos actuales de la ética hablan del consenso. Pero como no les sirve el consenso efectivamente alcanzado (porque la historia reciente ha mostrado cómo las mayorías pueden oprimir a las minorías), al consenso le colocan algún adjetivo: consenso ideal, consenso contrafáctico, etc. Si al consenso se le sitúa un adjetivo, ¿sigue siendo consenso?
6. John Rawls, que es el teórico hoy más conocido de la justicia, descalifica el "pluralismo instituido", al que opone el "pluralismo como tal", que es el que se logra siguiendo el procedimiento lógico o ideal que él propone. Una teoría que dice apoyarse en el diálogo y en el consenso, ¿es realmente respetuosa con las personas cuando rechaza el pluralismo realmente existente?

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. Nuestra época está dividida en torno a algunas figuras penales, fundamentalmente el aborto y la eutanasia. **Si repasamos los delitos tipificados en el Código Penal, ¿existe el mismo grado de desacuerdo con los demás delitos?**

2. Nuestro momento histórico ha conseguido una calidad de vida en los países del Primer Mundo, francamente alto: existe seguridad social, protección relativa frente al paro, enseñanza obligatoria y gratuita, se construyen viviendas sociales, etc. Hans KELSEN hacía del relativismo moral la piedra angular de la democracia. **¿Todo esto se ha conseguido desde el relativismo moral? ¿O más bien estamos afrontando una crisis de éxito que aún no sabemos justificar académicamente?**

3. El materialismo ingenuo del siglo XVIII no sobrevivió al avance de la ciencia contemporánea. El positivismo lógico del siglo XX (llamado también neoempirismo y empirismo lógico) ha caído en manos de sus propios representantes, víctima de las tensiones internas, de forma que las exposiciones de sus últimos representantes, como AYER, tienen un tono marcadamente histórico: nos cuentan lo que fue el positivismo lógico en el siglo XX. Aunque hoy están superados teóricamente aquellos materialismos, continúa en amplios sectores el relativismo moral a que ellos dieron origen. **¿Es mantenible este relativismo sin aquel materialismo?**

4. Está de moda entender que las ideas o principios morales dependen enteramente del momento histórico. **Cabe preguntarse si estas ideas no constituyen el principal prejuicio de nuestra época.**

TEMA XXIV

¿Razonamientos sin cosas?

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. El significado de las cosas.
II. Las cosas, punto de encuentro de los hombres.
III. Autosuficiencia, mesianismo y trampas.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. Ya hemos aludido al tema del fenomenismo y sensismo, que han sido los pilares del nominalismo moderno que estalló con Hobbes. Sabemos que en la "síntesis trascendental" que es el conocimiento humano, el hombre sintetiza datos de la realidad con datos que provienen de su propia estructura cognoscitiva. Además, y éste es un hecho que solamente ha sido puesto de relieve en el siglo XX, el carácter "experimental" (derivado de experimentos de laboratorio) de la ciencia contemporánea, lleva normalmente a que el hombre conozca lo que le interesa conocer. Pero muy pocos científicos se hacen hoy la ilusión de estar descubriendo un orden del ser: la ciencia se está mostrando muy útil para le tecnología, pero mucho más perezosa para el conocimiento teórico.

2. La mentalidad nominalista (pensemos en personas tan distantes como Hobbes, Hume, Russell) ha mantenido un escepticismo teórico de consecuencias prácticas. Aunque la mayor parte de los universitarios actuales que se declaran escépticos, no tienen la menor idea de las bases teóricas del antiguo escepticismo nominalista. Hay algo de razón en este escepticismo: aunque el lenguaje surge desde la realidad, también se vuelve sobre ella y determina en bastante medida lo que el hombre hace de sí mismo. En palabras más sencillas, en nuestra vida hay mucho de construcción social.

3. Pero la conciencia de la, a veces, construcción social de la realidad no implica ni exige que toda la realidad humana sea construcción arbitraria. Tampoco implica que sea una construcción "determinada" por factores concretos: Marx pretendía que toda la realidad social estaba determinada por las exigencias de la producción capitalista.

4. Descartes sirvió de piedra de escándalo porque desde la comprobación de que los sentidos son poco fiables en algunas cuestiones, exigió una retirada incondicional al interior de cada hombre (vid. sus "Meditaciones metafísicas") para que cada uno comprobara por su iluminación interior lo que es cierto y falso. Esta ver-

dad o iluminación interior es el convencimiento propio del matemático, y DESCARTES fue un gran matemático. Pero como su época reclamaba un método único. desarrollado a partir de un *principium unicum et evidens*, él estableció: a) la duda metódica, b) sobre todos los saberes. Y esto ya es poco científico, como también es poco científico el nominalismo empirista que ha llegado casi hasta finales del siglo XX, que ha tenido demasiado de fe, y menos de ciencia estricta.

5. En el Derecho nos movemos con "cosas". Llamo cosa a todo lo que tiene relevancia jurídica: una tormenta, un testamento, un accidente de tráfico, estar trabajando en una empresa. De acuerdo con el nominalismo estricto, no podemos saber qué son estas cosas: no podemos conocer qué es una tormenta, un testamento, etc. Pero sigo el ejemplo de DESCARTES cuando él reconoce que no puede dudar de que está sentado junto al fuego, que está vestido con una bata... Un profesor de universidad no puede dudar de que tiene derechos y deberes que surgen desde su función, y si está casado y tiene hijos, tampoco puede dudar de los derechos y deberes que brotan desde el matrimonio y la paternidad. El profesor de universidad se encontrará con muchas perplejidades en su trabajo y en su familia, pero también está seguro de otras cosas. Estas cosas de las que estamos seguros son reguladas por el Derecho de formas más o menos arbitrarias o discrecionales. Es propio del hombre conseguir fines necesarios, esto es, que han de ser conseguidos, usando medios convencionales: pero la convencionalidad o artificiosidad de estos medios no se traslada a aquellos fines.

6. Note el lector que si hablamos de profesor, clases, hijos, señales de tráfico, no estamos usando palabras, por así decir, terminales, que funcionen a modo de nombres propios, y que no nos lleven más allá de ellas. Sino que estamos hablando de cosas en sentido jurídico, y que esas cosas tienen una naturaleza altamente compleja, como demuestra la experiencia de todos los días.

7. Lo indicado en el punto anterior implica que los conceptos jurídicos remiten a una significación o significado, es decir, a unas realidades que en parte están determinadas por el resto del ordenamiento jurídico, y por convenciones, y en parte también por el uso necesario del lenguaje. Porque además de los usos convencionales, el lenguaje tiene usos necesarios, fuera de los cuales no tiene sentido hablar, a no ser que queramos hacer reír a los demás. El término jurídico por antonomasia es el de persona, porque todo el derecho está elaborado por el hombre y para él. La persona humana es la cosa por excelencia del Derecho.

3. LECTURA

Escribe Sergio COTTA: "En el plano óntico, al cual se ha limitado actualmente la conciencia, esta libertad declarada absoluta es continuamente negada, por no decir reprimida, como la experiencia enseña. Se trata por tanto de una libertad sólo pensada, soñada, es decir, en contradicción con las premisas de aquel plano existencial sobre el cual nos habíamos colocado, esto es, de un mito o una ilusión. Las mismas dificultades se plantean a propósito de la soberanía absoluta de la conciencia por el indisoluble nexo que une soberanía y libertad. No alcanzo a ver cómo puede ser declarada soberana sino tan sólo verbalmente, una conciencia encerrada totalmente dentro del exiguo espacio de su singularidad existencial.

En suma, entendida como integral aseidad, la conciencia parece obligada a abocar bien al solipsismo, bien a la voluntad de poder. Pero en el solipsismo (aparte de cualquier otra consideración) los tres términos de los que nos estamos ocupando pierden su significación propia, se disuelven en la indistinción. Ley y autoridad, al convertirse en una ley y autoridad internas a mí mismo, pasan a ser sinónimos de conciencia, sin valor para otros. Si, en cambio, la conciencia expresa voluntad de poder, entonces se produce la inversión de la serie. Si mi conciencia dicta la ley que vincula a la conciencia de los otros, esta conciencia mía no es otra cosa que autoridad, más exactamente, la autoridad del poder".

Itinerarios humanos del derecho. Trad. de J. Ballesteros. Eunsa. Pamplona, 1974, págs. 63-64.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. Las personas que no aceptan el nominalismo y consecuente positivismo jurídico, hablan mucho de la persona, del carácter personal que ha de recibir el Derecho, etc. Esto es plausible, pero puede inducir a confusiones. Porque nosotros distinguimos entre título último (el ser humano tiene derechos y deberes porque es persona) y causas más concretas. **En las actividades de todos los días, civiles, mercantiles, administrativas, etc., ¿es necesario o útil alegar que el titular, o el beneficiario, o el prestatario es una persona? ¿O el derecho se mueve en planos más concretos?**

2. Bastantes defensores de los derechos humanos no quieren ni oír hablar de términos "metafísicos", tales como el de persona humana. **Es bien conocido el comentario de uno de los redactores de la declaración universal de los derechos del hombre de 1948: "Estamos todos de acuerdo a condición de que no se nos pregunte el porqué". ¿Usted piensa que afirmar que el hombre tiene tantos derechos y no reconocer que es persona es una terquedad inadmisible? Un autor español sostiene que los derechos humanos nacen de la historia:** pero eso recuerda el mito de la diosa Venus, **una mujer de carne y hueso que nació de la espuma del mar.**

3. Hay muchas cosas relevantes ante el Derecho. Reparemos que ninguno de nosotros se presenta ante la sociedad tal como él es (suponiendo que pudiéramos tener un yo distinto de nuestra consideración social), sino que la misma persona es profesor en la facultad, conductor de un automóvil en la calle, comprador de tabaco en el estanco, propietario en su casa. El Derecho es refractario tanto a los planos profundos (como el que expresa: "este hombre es un ser humano") como a los planos superficiales: "Luis tiene una cartera". **El Derecho nada a gusto en un plano medio que se expresaría diciendo: "Luis es el propietario de esa cartera". ¿Quiere usted enumerar con rapidez diez "cosas jurídicas" que participen de este plano medio?**

4. El lenguaje jurídico no es amigo de los verbos, sino de los substantivos, y no decimos: "Ceder un crédito", sino "La cesión del crédito". **¿Puede explicar porqué se produce este hecho?**

5. Los filósofos, cuando hablan de las naturalezas de las cosas, tienen ante la vista preferentemente las limitaciones que imponen las cosas, con lo que destacan la faceta limitante y negativa. **¿Está de acuerdo con esta visión de la naturaleza de las cosas? ¿Puede proponer ejemplos de las funciones posibilitantes y activas de estas naturalezas?**

6. Las teorías liberales siempre han supuesto (también hoy) unos individuos aislados e independientes que han de pactar. Y así como los cuerpos físicos se desplazan unos a otros (hecho que se llama ubicuidad), los hombres se desplazarían también unos a otros, pues

estiman que la libertad de uno excluye la libertad de los otros. Esto, así planteado, es tan cierto como falso. **¿Podría indicar supuestos en los que es verdadero, y supuestos en los que es incorrecto?**

7. Aunque siempre exigimos libertad formal, negativa y vacía, esto es ausencia de interferencias (es un bien constante más), en buena parte de las facetas de la vida, las "cosas" nos unen, y ese hecho hace posible el funcionamiento fácil de sociedades altamente complejas, como son las nuestras. Ciertamente, un conductor puede vivenciar los semáforos como un obstáculo más: pero eso sólo indicaría que es una persona especialmente limitada. **¿Qué tipo de cosas nos separan, y qué tipo de cosas nos unen jurídicamente?**

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. COTTA explica que "esta libertad declarada absoluta es continuamente negada, por no decir reprimida, como la experiencia enseña". **¿Se considera usted "libre", en el sentido usual de la palabra?**

2 Enlacemos con el tema anterior, en el que hablaba del valor del consenso efectivamente alcanzado. **¿Tiene razón COTTA cuando escribe la libertad sin condicionantes se sitúa en contradicción con las premisas de aquel plano existencial sobre el cual nos habíamos colocado?**

3. "Ley y autoridad, al convertirse en una ley y autoridad internas a mí mismo, pasan a ser sinónimos de conciencia, sin valor para otros" La "a-seidad" (que quiere decir desde sí mismo) y el solipsismo (para mí mismo), nos dejan a solas con nosotros mismos. **¿Porqué PLATÓN pone en boca de SÓCRATES que el bien, cuando se manifiesta, es común para todos?**

3. COTTA nos dice que "No alcanzo a ver cómo puede ser declarada soberana sino tan sólo verbalmente, una conciencia encerrada totalmente dentro del exiguo espacio de su singularidad existencial". A pesar de esta idea, **¿somos libres? ¿sería correcto afirmar que somos tan libres como estamos condicionados?**

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. ¿Puede explicar porqué los jueces y los juristas no dicen: "La persona A...", sino "el vendedor entregó al comprador..."?

2. Supongamos un diálogo en el que todas las partes están en una situación de simetría, de forma que queda excluida la prepotencia. ¿Podemos extraer soluciones concretas desde la simple igualdad de las partes?

3. Gottlob FREGE distinguía entre sentido, significado y significación de las palabras. La significación es la carga emocional: "¡Adelante!, ¡A por todas!". El sentido es la función que cumplen las palabras en la frase, sabiendo que existen palabras que sólo tienen sentido. Por ejemplo, si decimos que "Pedro ha dicho que ganará el Betis", la conjunción "que" es una palabra con sentido, pero sin significado ni significación. El significado se refiere más a la vertiente semántica de los términos, es decir, a aquello que designan fuera del lenguaje, como sucede siempre que alguien habla de la facultad, de la casa o de los coches. ¿Puede usted imaginar un lenguaje en el que las palabras carezcan de carga metafísica, esto es, de significado?

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. La negación de las cosas fue una consecuencia necesaria del método unitario que postuló DESCARTES. Pero la teorías del conocimiento anterior (pensemos en Tomás DE AQUINO) había reiterado que existen tantos métodos de conocimiento como cosas hay que conocer. **¿Puede proponer, razonándolo, cinco cosas distintas que requieran otros tantos métodos para su conocimiento?**
2. Muchas veces queremos conseguir fines usando cauces artificiosos, por ejemplo, jugando al tenis. El tenis, como todos los deportes, está compuesto por una reglas bastante convencionales y artificiosas. **¿Esta artificiosidad o no necesidad, se traslada al motivo por el que queremos jugar al tenis, que es hacer ejercicio físico? Razone la respuesta.**
3. **¿Puede proponer cinco casos de usos necesarios del lenguaje explicando en cada caso la razón de la necesidad extralingüística?**

TEMA XXV

El derecho penal y el derecho que no es sancionatorio

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Una primera aclaración.
II. Título y causa en el Derecho.
III. Derecho penal y Derecho civil.
IV. Si son posibles los reduccionismos en el estudio del Derecho.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. El Derecho contempla acciones típicas, esto es tipificadas o estereotipadas. Estas acciones pueden ser de dos tipos: las que defienden derechos de las personas, y las que crean nuevas relaciones jurídicas.

2. El Derecho es poco amigo de relaciones personales directas, que normalmente escapan a su control. Él quiere situaciones estables y tipificadas (cosas), en las que se puede calcular lo que se debe al otro al margen de las personalidades que entablan la relación.

3. El Derecho nunca valora toda la personalidad: es imaginable un buen conductor de autobuses, que sin embargo es un hombre aburrido.

4. El Derecho penal es una rama bastante especial del derecho, porque no promueve ni fomenta (a diferencia de tantas normas administrativas), ni tampoco "da a cada uno lo suyo", sino que castiga conductas. Algunas personas explican que el Derecho penal no castiga nada, sino que solamente establece una alternativa o juicio disyuntivo: o te abstienes de esta conducta, o vas a la cárcel. Aunque la norma penal se pueda reproducir así desde el punto de vista de la lógica, esto es sencillamente falso, porque nadie vivencia así el Derecho penal.

5. Los penalistas se resisten a seguir admitiendo la antigua noción de pena, que era vista como un castigo impuesto por una mala acción, y en su lugar hablan de prevención social del delito y de rehabilitación del delincuente. Seamos honestos: sin perjuicio de la prevención social, y de la rehabilitación de los delincuentes, cuando la gente se indigna por un nuevo asesinato de una banda terrorista, cuando reclama que sea juzgado un antiguo jefe de Estado por crímenes contra la humanidad, cuando pide justicia por la niña violada y asesinada, ¿piensa la gente en la prevención social y en la rehabilitación de los delincuentes?

6. Las normas del Derecho civil ejercen sus efectos con absoluta independencia normalmente de las actitudes personales. Si un trabajador que está pagando la

hipoteca de su casa es despedido del trabajo (sin culpa suya), no solamente se queda sin sus ingresos, sino también sin casa. Esto no es pensable en el Derecho penal, en el que es imprescindible demostrar culpa, negligencia o dolo para que las normas produzcan sus efectos. Desde este punto de vista, el Derecho penal es más humano que el Derecho civil, y sería muy deseable que el Derecho civil adquiriera ese tono de humanidad que con frecuencia le falta.

7. En el Derecho penal es imprescindible demostrar algún tipo de autoría. En el resto del Derecho, no siempre. Por ejemplo, todos hemos de pagar los impuestos directos e indirectos, y no sirve decir que no hemos consentido, etc.

3. LECTURA

KELSEN escribe: "Se impone, pues, buscar en otra parte la diferencia entre el Derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de Derecho la consecuencia imputada es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada, si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción ... Las normas del orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humanos calificados de inmorales ... Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el Derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del Derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el Derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de Derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no solamente se define la estructura lógica de las reglas de Derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos".

Teoría pura del Derecho. Trad. M. NILVE. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1975, págs. 70-71.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. En la visión liberal del Derecho, todo el Derecho es Derecho penal: porque primero existen los derechos de la persona, y después entra en juego la ley, que sirve para protegei esos derechos de la personalidad. **¿Le parece correcta esa visión del conjunto del Derecho?**
2. Existen varias nociones jurídicas implicadas en la reflexión sobre el Derecho penal y su comparación con el resto del Derecho. Yo las resumiría ahora en tres: autoría, culpabilidad y responsabilidad.

3. Sin embargo, el Derecho penal unifica todo el Derecho desde el final, desde el punto de vista de su infracción última. Johann OLDENDORP explicaba, a comienzos del siglo XVI, que cuando decimos "incivile est", poco importa que se hayan violado las leyes del Derecho natural, o de gentes, o del Derecho civil. Una explicación similar proporcionaba Luis DE MOLINA casi doscientos años después. Cabe preguntar si esta unificación que proviene desde el "infinito subjetivo" del delito (es terminología de HEGEL) es real, o simplemente aparente.

4. Ya el juez HOLMES se quejaba de que las teorías del derecho solamente tuvieran en cuenta el "bad man", esto es, el punto de vista del que no cumple las normas y reglas jurídicas. **¿Está de acuerdo con el juez HOLMES?**

5. La medida de las penas es un problema. En el Derecho civil es fácil cuantificar: si el juez estima que Titius ha producido a Cayus un daño de 10.000.000 de pta. por incumplimiento de contrato, le condenará a pagar esa indemnización. Pero el Derecho penal no considera relaciones ni cosas, sino personas humanas. **¿Cómo tratar a las personas?**

6. La libertad penalista y la libertad del Derecho civil son extraordinariamente distintas. **¿Qué sentido tiene en el Derecho civil la frase "Todo lo no prohibido está permitido?**

7. Buena parte del Derecho civil no es obligatorio, sino que establece imperativos hipotéticos: si quieres casarte..., si quieres hacer testamento..., si quieres comprar un inmueble... **¿Esto quiere decir que todo el Derecho civil se compone de juicios hipotéticos?**

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. KELSEN define el Derecho como un conjunto de normas y, según él, toda norma jurídica (a diferencia de las normas morales) tiene la estructura lógica de "Supuesto de hecho –Debe ser– Sanción". Nadie duda de que esto sea así, porque, , en último término, lo que diferencia el cumplimiento del Derecho del cumplimiento de las normas que pertenecen a otros órdenes normativos es que, llegado el caso extremo, se puede recurrir al ejército para imponer el cumplimiento de las normas jurídicas. **¿Duda usted de la coercibilidad como nota necesaria en el Derecho?**

2. Según él, el "deber ser" jurídico es la sanción. Si examinamos las normas penales, parece que lo que pretenden ante todo estas normas es prohibir los robos, estafas, uso indebido de uniformes, etc. Es decir, el "deber ser" jurídico en el ámbito del Derecho penal es intentar evitar estos comportamientos. Si falla el Derecho, porque el delito se ha cometido, entonces y sólo entonces, la sociedad castiga. Según KELSEN, el "deber ser" de la norma jurídica es la sanción. **¿No le parece que la sanción se impone porque previamente se ha incumplido el deber ser de la norma jurídica?**

3. KELSEN mantiene que el Derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas. Todos nosotros nos movemos diariamente con el Derecho: el simple hecho de asistir a clase es un acto con relevancia jurídica, pues hay derecho a exigir que las clases se den, y a asistir a ellas. En las muy amplias ramas del Derecho civil, mercantil o administrativo, el Derecho se cumple voluntariamente, con un grado de observancia relativo, de forma que también en el cumplimiento del Derecho se da el "más y el menos", como pone de relieve la sociología del Derecho moderna. En este cumplimiento espontáneo del Derecho (más o menos) no aparece para nada la sombra de la sanción penal. Confieso que en treinta y un años de profesor universitario, no he visto que se imponga ninguna sanción propiamente penal (mediante formación de expediente sancionatorio) a un

profesor o a un alumno. ¿Le parece que hablaba juiciosamente aquel general ruso que le decía al Zar: "Sire, la paz reina en Varsovia".

4. Según la Teoría Pura del Derecho, un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no solamente se define la estructura lógica de las reglas de Derecho, sino también su contenido. La sanción penal es, pues, contenido necesario de las normas jurídicas. Esto sí es así, de forma muy clara en el Derecho penal. ¿No piensa usted que la vida jurídica es mucho más amplia que este Derecho, y que la mayor parte de los ciudadanos pasan su vida sin que se les haya aplicado una norma del Código Penal?

5. Es posible que KELSEN lleve razón desde ese punto de la lógica que consiste en llevar una tesis hasta sus consecuencias más últimas. Pero este modo de proceder ¿no es una exageración, que deforma el sentido de la realidad jurídica, porque cuando los alumnos se matriculan en un curso no están pensando en penas, castigos o sanciones, sean éstos privaciones de la libertad o multas económicas?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Un abogado que se ocupe de asuntos civiles, mercantiles, administrativos, ¿habrá de ir con frecuencia a hacer visitas a la cárcel? ¿Se relacionará habitualmente con guardias civiles, y policías en general?

2. El Derecho que no es penal se guía frecuentemente por la noción de responsabilidad objetiva: se está capacitado o no, por ejemplo. En los antiguos campamentos militares de la I.P.S., el que perdiera más de treinta días por estar de baja, había de repetir campamento o irse al servicio militar normal. Razona por qué esto no constituía una penalidad, aunque alguna persona pudiera vivenciarlo así.

3. A veces se dicen cosas como que "el árbitro castigó al equipo local pitando el final del partido". Si el árbitro ha medido correctamente el tiempo, ¿es adecuado decir que castigó a uno de los equipos?

6. EJERCICIOS ABIERTOS

1. ¿El esquema liberal puede servir como criterio hermeneútico general del Derecho?

2. La teoría y la práctica del Derecho penal contemporánea ha recogido el principio que expresa *nulla poena sine praevia lege*. ¿Tiene sentido esta regla en el Derecho que no es sancionatorio?

TEMA XXVI

DERECHOS, COMPETENCIAS Y BIENES CONSTANTES

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Una segunda aclaración.
II. Las competencias jurídicas.
III. Los Derechos subjetivos.
IV. Los bienes constantes.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. Las situaciones más estables de la vida de cada persona fueron llamadas por el Derecho romano y medieval "personas jurídicas" o "condiciones de las personas" *(conditiones personarum)*. La sociedad exigía un distintivo externo para reconocer tales condiciones: Determinados vestidos para los nobles, o para los clérigos, la "vara alta" en la administración de justicia. anillos en los casados, etc.

2. Junto a estas condiciones de las personas estaban los *officia*, es decir, la objetividad de las situaciones, iguales para todos. El *officium* era sinónimo, en el Derecho, de necesidad: como son necesarios los impuestos, era un *officium* pagar impuestos, o que el marido cuidara de la familia, o ayudar al que estaba en extrema necesidad.

3. La mentalidad revolucionaria tendió progresivamente a borrar tales condiciones, en las que veía desigualdades incompatibles con la uniformidad social que ella postulaba. Tendió igualmente a desconocer los *officia*, en los que veía una objetividad, con la consiguiente heteronomía, impropia de los individuos aislados y libres. En España se ha suprimido recientemente, en el documento nacional de identidad, la profesión del titular.

4. Algunos juristas del siglo XIX (pensemos en Th. E. HOLLAND) quisieron disolver el status o *conditio personae* en el conjunto de derechos y deberes que resultan de la profesión, del matrimonio, etc. Esto no ajustado a la realidad, porque una persona puede renunciar a una herencia o a un matrimonio, pero no puede renunciar a su condición de heredero o de casable. Lo que indica que el estado o condición tiene una substantividad más allá de los derechos y deberes considerados uno a uno.

5. Actualmente, algunos juristas que defienden la noción de persona frente al nominalismo propio del positivismo jurídico, entienden que las objetividades que resultan de cada situación cosifican la libertad propia de las personas humanas. Esto no parece correcto. En primer lugar, porque el Derecho establece (en condi-

ciones normales: no me refiero a los derechos fundamentales de la personalidad), simples "relaciones" entre las personas, según una cosa u objetividad que ambas partes tienen en común, de forma que las partes de la relación jurídica se tratan solamente según una simple relación, sin que tal relación jurídica alcance a su personalidad. Y, además, esta impersonalidad tiene la ventaja de que sirve como esquema neutro que permite las relaciones entre las personas sin tener que aludir a la propia personalidad.

6. Es típico de las condiciones de la persona, o de los *officia*, que los derechos sean simultáneamente un deber, y viceversa: El padre tiene derecho a ocuparse de sus hijos porque tiene el deber de ocuparse de ellos. Para designar este tipo de derechos es preferible la palabra *competencia*, que designa mejor esta situación que no la más genérica de Derecho

7. Los derechos designan más bien la categoría de los derechos subjetivos. Por razones de economía en el análisis, es preferible reservar la expresión derecho subjetivo para aquellas situaciones en las que podemos ejercer o no, *ad libitum*, una capacidad nuestra.

3. LECTURA

Escribe KELSEN: "La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre persona física y persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual esta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos".

Teoría pura del Derecho, ed. cit., págs. 125-126.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. **¿Las objetividades que resultan desde las condiciones de la persona y los oficios son suficientes para regular todas las facetas de nuestra vida? ¿Qué sucede con las grandes reformas legislativas, que rompen lo que ya existía?**

2. Si un padre no cuida de la patria potestad, se verá privado de ella por decisión judicial. Si alguien no cuida de lo que es suyo, por ejemplo, de su ordenador, en principio nadie puede exigirle responsabilidades. **¿Es arbitraria la distinción entre competencia y derecho subjetivo?**

3. Las competencias designan conductas positivas, esto es, cosas que podemos o debemos hacer. **¿Sería correcto decir que los derechos subjetivos son regulados negativamente, porque el ordenamiento jurídico se limita a defender la libertad formal del titular?**

4. Los romanos distinguían entre el *jus* y el *fas*. El *fas* consistía en un estado de cosas normal, por ejemplo, lo que un padre de familia podía hacer en su casa sin ser molestado por nadie. El *jus* era una declaración autoritaria hecha sobre el *fas* cuando se producía una interferencia en las conductas de varias personas. El *jus* suponía el *fas*, pues el juez disponía sobre el fundamento de este último. Lo procedente ahora es preguntarse si las conductas propias del *fas* constituyen verdaderos derechos, *jura*, o si deben permanecer en el plano de la simple normalidad prejurídica.

5. La mentalidad individualista que ha fomentado la doctrina de los derechos humanos, entiende que la juridicidad comienza desde los derechos más básicos de la personalidad. Nadie discute esto, porque el Derecho está hecho por los hombres y para los hombres. Pero si nos situamos en el plano medio que es propio del Derecho, que no atiende a los derechos profundos de la persona (como sí hace el Derecho penal) ni a lo más superficial, **¿no parece más bien que el núcleo de la juridicidad, aquello en lo que comienza la vida propiamente jurídica, es un "nuestro", una comunidad sobre algo, en la que no podemos disponer arbitrariamente?**

6. **Piense usted: la experiencia jurídica tiene dos grandes puntos de arranque: los derechos de la personalidad, y la comunidad en un interés.**

7. Sobre las competencias: **¿No parece que, tratándose del ser humano, las medidas de su comportamiento, o están ya medidas por lo que es concretamente el hombre, o no son medidas en absoluto?**

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Nosotros hablamos de derechos fundamentales de la personalidad, de las objetividades que se derivan desde las condiciones de las personas y desde la objetividad de las situaciones, de derechos subjetivos que más parecen pertenecer al campo del *fas* que no al del *jus*, en los derechos subjetivos que tiene toda persona a usar de las distintas figuras del ordenamiento jurídico. **¿Todo esto es charlatanería o superstición?**

2. KELSEN mantiene que "el hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona". Esto implica sostener que los seres humanos no tienen más derechos que aquellos que les atribuyan las normas positivas del ordenamiento nacional. Si él quisiera decir que una persona solamente tiene un derecho de una forma clara cuando así lo disponga el ordenamiento jurídico, la tesis sería más llevade-

ra; pero KELSEN siempre fue coherente hasta el final, y cuando él publica estas líneas, en la primera edición de su *Reine Rechtslehre* (1934)., no existían más que ordenamientos nacionales. **¿Tendrían sentido para él las declaraciones de los derechos humanos existentes, a menos que fueran recogida expresamente por el Derecho nacional.**

3. Los autores positivistas suelen decir que el positivismo jurídico no tuvo ninguna responsabilidad en los sucesos que ocurrieron durante la Segunda Guerra Mundial. KELSEN explica que la persona no es un modo particular del hombre sino que, por el contrario, estas dos nociones (la de ser humano y la de persona jurídica) definen objetos totalmente diferentes. Porque la persona no es más que el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Es decir, la persona es solamente un punto ideal de imputación de un sector de las normas jurídicas nacionales: es una construcción superflua de la ciencia jurídica. Efectivamente, los gitanos y los judíos, así como los miembros de otras razas "inferiores" fueron tratados por el Tercer Reich como personas jurídicas, esto es, como punto ideal de imputación de un sector del Derecho alemán. Los historiadores calculan, grosso modo, porque la historia completa está aún por hacer, que la Unión Soviética eliminó entre veinte y treinta millones de personas, no solamente en Rusia, sino en Polonia, Hungría y demás naciones que se fue anexionando en la guerra. **¿Piensa usted que la extensión de las doctrinas positivistas, con su consiguiente escepticismo moral, tuvieron relación con lo que pasó en aquel tiempo?**

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. **¿Tiene utilidad práctica, propiamente forense, que distingamos entre competencias, derechos subjetivos y bienes constantes?**

2. **Existe un principio de la geometría y de la física que establece que la medida trasciende aquello que es medido. ¿Es aplicable este principio a las conductas de los seres humanos?**

3. **Nosotros medimos las cosas según litros, kilos, metros. Estas medidas ajenas a las cosas que han de ser medidas pueden trasplantarse al campo del Derecho?**

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. Si la sociedad se interesa por "mis" cosas declarando el Derecho sobre ellas, **¿eso indica que esas cosas en principio mías son también patrimonio de toda la sociedad? Razone la respuesta.**

2. En la reacción del siglo XIX contra la Escuela del Derecho natural moderno ("La revuelta del corazón contra la razón"), muchos autores insistieron en los deberes de solidaridad, etc., y se hizo conocida la frase: "No reconozco más derecho que el de cumplir con mi deber". **¿Por qué no podemos admitir esto?**

3. En ese mismo movimiento decimonónico, una vez que se hubieron extendido las ideas que popularizaron los discípulos de KANT, se hizo frecuente la frase: "Mi libertad termina donde comienza la libertad de los demás". **¿Qué insuficiencias básicas demuestra esta idea?**

TEMA XXVII

Los bienes jurídicos (I)

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. La naturaleza humana y la naturaleza de los actos humanos.
II. El Derecho gira sobre bienes y daños reales.
III. Un marco general de los bienes jurídicos.

2. IDEAS BÁSICAS SOBRE EL TEMA

1. La ética trata de bienes, sea defendiendo los que ya existen, sea creando los que todavía no son. Ésta es una visión muy aristotélica y tomista de la filosofía práctica, que no trata tanto de normas como de bienes. Tomás de Aquino no suele usar la expresión de bien, sino la de fin.

2. Los programas de las asignaturas de Filosofía del Derecho disponían, al menos hasta hace pocos años, de un capítulo dedicado a "fines y funciones del derecho", y se establecían tres funciones o fines: bien común, seguridad, justicia. Se puede hablar en este tono tan amplio a condición de seguir un discurso muy general que, a fuer de indeterminado, excluye todo contenido substantivo, material o concreto del Derecho, y retiene únicamente los modos o formas cómo los distintos ordenamientos jurídicos alcanzan sus fines.

3. Indico lo anterior, porque parece que el Derecho tiene tantas funciones como bienes reales ha de proteger o alcanzar. Estos bienes son, en principio, indeterminados, y varían según el momento histórico: en el momento actual son francamente amplios.

4. Los bienes jurídicos son de dos tipos: bienes a defender (como los que defiende el Derecho penal), y entonces decimos que ya existe un bien que reclama protección, o bienes a alcanzar, como sucede con la mayor parte de la legislación universitaria, que no tanto defiende como crea y promueve.

5. Toda norma necesita una razón para existir, y tal razón es bien que reclama protección o fomento, al que podemos dar el nombre amplio de bien jurídico.

6. Los bienes jurídicos pueden ser: a) bienes de una persona concreta (su derecho a la vida), o b) pueden ser conductas que la sociedad juzga beneficiosas para ella: que desgraven de la declaración a hacienda lo aportado a fondos de pensiones (entonces interviene muy directamente el criterio del bien común), o c) pueden ser bienes más directamente sociales, como sucede con las obras públicas.

7. La mentalidad de los derechos humanos sólo reconoce derechos de los individuos. Tropieza con la triple clasificación anterior, porque únicamente dar razón de los bienes del primer grupo.

3. LECTURA

Explica Alvaro D'ORS que "El Derecho ... pertenece a la aplicación literaria que se comprende bajo el rótulo amplio de "Humanidades". No sólo porque toma los libros como materia de estudio, sino también porque aquellos se refieren directamente a la operación y no al ser, es decir, porque toman en consideración el obrar del hombre y no la naturaleza, la propiamente física o metafísica. Así, todo estudio del Derecho debe empezar por los efectos reales, y si se habla de naturaleza de los actos debe ser a modo de inducción sintetizadora de la realidad estudiada ...

Lo jurídico es ante todo un ser y sólo secundariamente un deber ser. Quiero decir que no es un conjunto de normas excogitadas por el hombre para regir la conducta inevitablemente social mediante una discriminación de interferencias, sino que es en primer lugar un cierto modo de ser de una conducta social, una cierta normalidad de esa conducta. Si podemos hablar de normalidad, es precisamente porque la normalidad nos proporciona la norma. Cuando se produce una interferencia anormal, entonces y sólo entonces tomamos conciencia de que una norma ha sido infringida; del mismo modo que sólo cuando duele una víscera nos percatamos de que se ha alterado un estado de normalidad, de salud, y aún podríamos decir que sólo entonces nos damos cuenta de la existencia misma de la víscera afectada. Como la conciencia del dolor –diríamos la patología- es anterior a la conciencia de la salud –o fisiología-, así también la conciencia de la infracción jurídica es anterior a la norma: la norma –o deber ser– surge en nuestra conciencia en un caso de infracción de la normalidad –o ser–. De esta suerte, aunque lo antijurídico parece presuponer lógicamente lo jurídico, en el orden genético real ocurre al revés".

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. El positivismo jurídico legalista solamente considera normas, a diferencia del positivismo sociológico, que pretende un estudio más amplio de la realidad social. Los positivistas del primer grupo (pensemos en KELSEN) parten desde las normas jurídicas como de un mundo autónomo y completo en sí mismo. **Los hombres, ¿qué pretendemos con el Derecho: normarnos la vida o alcanzar y proteger bienes?**
2. Las teorías de los intereses en el Derecho, suponen que todos los hombres peleamos por las mismas cosas. Lo que, en ocasiones, es cierto. **Pero, ¿es siempre así?**
3. La visión liberal del Derecho supone que todo el Derecho tiene una naturaleza penalista o represiva, porque defiende derechos de los individuos, derechos que ya existen. **¿Cree usted que esto es cierto?**
4. Toda ética de bienes tiene siempre un límite: hay situaciones en las que el bien a defender o fomentar se confunde con la norma que lo establece, como es el caso de la mentira. **Este tipo de prohibiciones, ¿tiene una naturaleza positiva o simplemente negativa?**
5. Según la teoría permisiva (las "esferas de libertad" de KANT y sus discípulos), el Derecho cumple una función negativa. **Si tenemos en cuenta las aportaciones propias de una ética de bienes, ¿es mantenible esta visión del Derecho?**

6. He aludido a las limitaciones de las figuras tales como la naturaleza humana. **Sin embargo, ¿una categoría así viene requerida a veces por la argumentación jurídica?**
7. Si existen bienes de naturaleza muy distinta (a veces contradictoria), **¿la argumentación jurídica puede ser de un único tipo lógico?**

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Alvaro D'Ors nos indica que el Derecho se refiere directamente a la operación y no al ser, es decir, porque toma en consideración el obrar del hombre y no la naturaleza, la propiamente física o metafísica. **¿Sería correcto decir que establece esta distinción entre naturaleza del hombre y la actuación del hombre? ¿Cuando compramos en un supermercado, ¿qué tiene en cuenta el Derecho, nuestra naturaleza o nuestra conducta?**
2. En el texto se dice que "todo estudio del Derecho debe empezar por los efectos reales, y si se habla de naturaleza de los actos debe ser a modo de inducción sintetizadora de la realidad estudiada". **Ponga en relación este texto con lo que estamos explicando sobre las "cosas" en el Derecho: ¿qué es lo que ha de tener en cuenta el jurista para decidir?**
3. "Si podemos hablar de normalidad, es precisamente porque la normalidad nos proporciona la norma". **¿Esto es siempre así, o estamos ante un prejuicio propio de un romanista que extiende a todo el Derecho las categorías propias de su especialidad?**

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. **Razone usted si podemos estudiar las normas jurídicas "sueltas" (por así decir), o en torno a instituciones. ¿Cuál es el factor jurídico que agrupa a las normas según instituciones?**
2. **Continuamente se plantean dudas sobre el alcance, límites, extensión, etc. de las normas jurídicas. ¿Cuál sería el criterio más a mano para conocer este alcance y límites?**
3. **¿Son suficientes por separado los criterios del bien común, o de los derechos de las personas?**

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. Desde comienzos del siglo XX se puso de moda hablar de los intereses en el Derecho, y se creó una rama influyente de la metodología jurídica, conocida como "Jurisprudencia de intereses". **Razone usted si los derechos "siempre" revisten la forma de intereses.**
2. **¿Qué quiere decir bienes y daños "reales"? En este contexto, ¿lo real es sinónimo de "social"? Razone si es así siempre, o solamente a veces.**
3. Los bienes y daños tienen dos grandes fuentes, la moralidad y la utilidad. **¿Podría argumentar varios ejemplos de daños y bienes según normas de la moral y según las exigencias de la utilidad?**

TEMA XXVIII

Los bienes jurídicos (II)

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Los instintos y los medios en la creación de los bienes.
II. Necesidad de la concreción.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. Hablar de bienes, aunque se trata de los bienes propiamente jurídicos, supone entrar de lleno en la ética. Y la primera pregunta que se impone es de donde extraemos los criterios para saber lo que es bueno y lo que es malo para el hombre.

2. Este tema ha de ser planteado hoy con cierta radicalidad porque la modernidad nos ha acostumbrado a pensar en unos individuos aislados (la "posición original" de Rawls, hoy) que, mediante pactos. crean los criterios de la justicia. El simple hecho de que actualmente se hable de "reglas del habla ideal", del "consenso ideal", ya nos indica que la intuición moderna se ha mostrado históricamente equivocada o insuficiente.

3. Tomás de Aquino mostró que el ser humano es, por sí mismo, bastante indeterminado. Al comienzo de los "Comentarios a la política" indica que la naturaleza solamente prepara algo así como unos primeros principios de la conducta (usa varias expresiones indeterminativas). Los medievales no creían en un código de conducta proporcionado por la Ley natural.

4. Los escolásticos pre-modernos explicaron que el hombre tiene pasiones. Con la palabra pasiones designaban los movimientos dominantes y constantes de un ser. Unas pasiones se refieren a la vertiente sensitiva del hombre (beber, comer, sexo), y otras a la vertiente más racional del ser humano, como es el afán de conocer. Tomás de Aquino explicó reiteradamente que la razón no es más que una pura forma lógica, vacía de por sí. La racionalidad se llena, por así decir, desde lo que es el ser humano. Las pasiones (sensitivas y racionales) son tan buenas y tan malas como el ser humano: Ellas constituyen al hombre.

5. El problema que se les planteaba era el de su medida: porque si es malo comer poco, también es malo comer demasiado. Luego el instinto o pasión que nos lleva a comer debe ser dirigido, en el hombre (a diferencia de los animales), por una instancia que no es instintiva, sino racional. Pero dejarse llevar por la lógica expresada en la racionalidad puede ser tan malo, o peor, que la animalidad del que

no controla sus apetitos sensitivos. Porque si Sancho Panza actuaba mal porque pensaba demasiado en la comida, Don Quijote se había vuelto loco por leer demasiados libros.

6. Tomás DE AQUINO, siguiendo las muy parcas indicaciones de ARISTÓTELES en el libro V de la *Ética a Nicómaco*, estableció que la diferencia entre el Derecho y la moral residía en que la moral tomaba como punto de referencia para la medida de la actuación al propio sujeto que actuaba, porque lo que es mucho comer para Titius, es excesivamente poco para Creso. Luego las medidas morales existen en función de las necesidades personales, que son necesidades objetivas. A esta especie del justo medio propio de la moral lo llamó *medium rationis*.

7. El derecho, en cambio, no puede tomar como criterio para la medida las necesidades, conveniencias, etc., de los sujetos que actúan, porque el derecho supone la coordinación de las conductas de varias personas, y ha de tomar en consideración la cosa misma que vincula a cada parte de esa relación jurídica. Así, el capitán artillero puede exigir a sus soldados que hagan prácticas con las piezas de 105 mm., aunque esas prácticas puedan ser peligrosas. Pero el capitán no puede exigir a esos soldados que le laven su coche. A este tipo de medida, que atiende a la cosa, Tomás lo llamó *medium rei*.

3. LECTURA

Tomás DE AQUINO escribe que: "el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales. Porque el hombre, en primer lugar, siente una inclinación hacia el bien según su naturaleza, que es común con todas las substancias, y por esta inclinación apetece la conservación suya según su propia forma de ser. Y según esta inclinación pertenecen a la ley natural aquellas cosas por las que se conserva la vida del hombre y se impiden las contrarias «a la conservación de la vida». En segundo lugar, existe en el hombre una inclinación a cosas más concretas según la naturaleza que él tiene en común con los demás animales; y en virtud de esto decimos que son de ley natural aquellas cosas que «la naturaleza enseñó a todos los animales», como es la unión del varón con la hembra, la educación de los hijos y otras cosas parecidas. En tercer lugar, existe en el ser humano una inclinación al bien según su naturaleza racional, que es propia de él, y así el hombre tiene una inclinación natural a conocer a Dios y a vivir en sociedad. Según esta acepción, pertenecen a la ley natural aquellas cosas que se relacionan con esta inclinación, como es el evitar la ignorancia, impedir que otros ofendan a aquellos con los que hemos de convivir, y otras cosas de este tipo".

Suma teológica, I-II, q. 94, art. 2, resp.).

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. **¿Podemos decir que una decisión está viciada por un exceso de sensibilidad, o por un exceso de racionalidad?**
2. Tomás de Aquino exigía que la razón tomara sus contenidos de las pasiones humanas, y que las pasiones se dejaran guiar por la razón para que el hombre no se destruyera a sí mismo. **A este equilibrio, ¿lo podríamos llamar "recta razón"?**

3. La reacción puritana que dominó Europa a lo largo de los siglos XVI y XVII, estimó que todo lo proveniente de la sensibilidad o sensitividad es malo. **¿Está usted de acuerdo con los puritanos?**
4. Indicaba anteriormente que las medidas que han de usar los hombres, o están ya previamente medidas por su humanidad, o no son medidas en absoluto. **¿Piensa usted que algo exterior al ser humano puede erigirse en medida suya?**
5. La mayor parte de las acciones presentan una faceta transitiva (porque el hombre "produce" algo) y una vertiente intransitiva, porque muchas veces, al hacer algo, no tanto se produce ese algo como el que actúa se hace a sí mismo con ese trabajo. **¿Sería correcto decir que el fin de la vida humana consiste en la selección adecuada de los medios?**
6. Para explicar la adecuación de la regla general al caso concreto, ARISTÓTELES propone el ejemplo del médico, que no receta lo mismo a todos los pacientes. Pero Tomás rechaza, con bastante energía, este ejemplo, porque el médico ha de hacer algo más que buscar la salud de sus pacientes. **¿A que se refería el de AQUINO?**
7. Podríamos discutir sin fin sobre términos generales, como qué significa el Derecho, la justicia o la moral. Pero seguramente estaremos de acuerdo con facilidad en casos concretos, aunque a veces pueda haber discrepancias. **¿A qué cree que se debe este hecho?**

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Los escolásticos de la Baja Edad Media establecían una gradación en los órdenes del ser: *Est-Vivit-Sensit-Intelligit*, y la representaban a modo de escalones, en los que cada estrato superior se apoyaba en el inferior. Esto es, para que un hombre razone correctamente, es preciso que sienta correctamente (en común con los animales), que viva (común con las plantas) y que sea. En la reacción ilustrada contra la escolástica, perdieron de vista esta clasificación, y los hombres fueron entendidos como seres portadores de razón. Los jusnaturalistas más tardíos (los kantianos) designaban al ser humano como "esencia racional", vernünftiges Wesen. **¿Qué visión del hombre le parece más correcta, la medieval o la moderna?**
2. ¿Podríamos decir que las inclinaciones ante todo sensitivas, como es el apetito sexual, son fuentes del Derecho natural en Tomás DE AQUINO?
3. ¿El derecho a la educación es un derecho natural en Tomás DE AQUINO?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. **¿Puede usted explicar porqué Tomás DE AQUINO explica que "el acto de virtud es más importante que la virtud misma"?**
2. **Si la razón no nos proporciona un código acabado de las conductas, ¿cómo es el proceder racional cuando se refiere a nuestras conductas?**
3. **La razón y los instintos, ¿se complementan o se excluyen? Arguniente esto sin usar ninguno de los ejemplos ya expuestos.**

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. Durante los siglos XVI y XVII Europa se vio invadida por el puritanismo, que es la actitud que entiende (entre otras cosas) que todo gozo sensible es malo moralmente. ¿Hubieran aceptado esta tesis ARISTÓTELES y Tomás DE AQUINO?
2. Algo que sea exterior al ser humano puede ser considerado o usado como medida de su actuación? Razone la respuesta.
3. ¿Qué es más perjudicial: un exceso de sensibilidad o un exceso de racionalidad?

TEMA XXIX

Los bienes jurídicos (III)

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Bien y comunidad.
II. La pluralidad irreductible.
III. La contradicción.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. Es preciso distinguir entre hecho y acción. Hecho es lo que no da razón de su comparecencia ante nuestra vida. Una acción es una actuación "con sentido". Luego, para entenderlas, es preciso buscar el sentido de nuestras acciones.

2. Una actuación puede estar equivocada bien porque se dirige a hacer realidad un fin malo, bien porque los medios que estamos usando no son los correctos. No basta perseguir una buena finalidad.

3. La sociedad está actuando continuamente, a través del Derecho, entre otros cauces. El que estudia el Derecho ha de plantearse el sentido de lo que estudia.

4. La categoría máxima en los temas del hombres es la necesidad: tenemos el derecho y el deber de hacer todo aquello que es necesario. La jurisprudencia del Jus Commune reiteraba que "la necesidad es el máximo criterio de la justicia".

5. Las nociones de necesidad y sociedad están o deben de estar siempre presentes en el Derecho. No se trata de desconocer los derechos individuales, ni los derechos sociales, pero sí de recuperar la noción de necesidad social, en la que también quedan comprendidas los derechos.

6. Si la sociedad actuara por un único fin, bastaría contrastar las actuaciones sociales con esa finalidad única. Pero las necesidades son muchas, y diversas. No existe un *principium unicum* desde el que pudiéramos derivar todas las soluciones. La sociedad va a rastras de sus problemas, y éstos son distintos.

7. Hemos de atender a las necesidades o problemas que dan origen a cada institución jurídica, porque esos problemas nos proporcionan también la medida y el alcance de esa institución. Puede suceder que una institución siga perviviendo una vez que han pasado sus condiciones de origen, como sucedió con la nobleza en la Edad Moderna. Pero eso es simple prepotencia.

3. LECTURA

PASCAL nos dice: "la tiranía consiste en el deseo de dominación universal y fuera de lo normal. Hay diversas divisiones: de fuertes, de buenos, de capaces, de piadosos, cada uno de los cuales reina en lo suyo y no fuera; pero, a veces, se encuentran, y el fuerte y el bueno, por ejemplo, se baten tontamente para decidir quien de los dos ha de reinar sobre el otro, cosa necia, porque su soberanía es de distinto género. No lo entienden así, y su falta consiste en querer reinar sobre todo. Nada puede tal cosa, ni aun la fuerza; nada puede ésta en el reino de los sabios ...

Ved una muestra de discursos falsos y tiránicos: "Yo soy bueno y se me debe temer. Yo soy fuerte y se me debe amar. Yo soy...". La tiranía consiste en querer conseguir por un camino lo que no se puede conseguir más que por otro. Hay deberes distintos para con los distintos méritos: deber de amar la bondad, deber de temer la fuerza, deber de creer en la ciencia. Cada cualidad de éstas puede exigir lo que se le debe, que es injusto negarle; pero también es injusto pedir otras cosas".

Pensamiento nº 332. Trad. De E. GONZÁLEZ-BLANCO. Bergua. Madrid, 1933.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. En el texto propongo el ejemplo de un escolástico, MANCIO, que estableció una definición de la propiedad en términos modernos, esto es, como un derecho absoluto de usar de las cosas. Toda definición presupone un estado acabado, por así decir, de la cosa definida, y lo que no encaje en la definición es imposible (*quod non est in codice non est in mundo*) o, en el mejor de los casos, es una excepción. **¿Considera usted que es operativo y correcto decir: "Esto es así, pero tiene cuatro excepciones..."?**
2. **¿Considera que la ideología de los derechos tiene que ver con la pérdida innegable del sentido social en nuestra época? Cómo valoraría esta pérdida: positiva o negativamente?**
3. La forma actual de expresión del individualismo jurídico son las diversas teorías de los intereses. Diversos autores explican que todos nosotros tenemos nuestros intereses, la sociedad también tiene los suyos, y hay que llegar, mediante una transacción, a un equilibrio social de los intereses. Pero así quedan enfrentados los individuos y la sociedad. **¿Valoraríamos positivamente este enfrentamiento?**
4. Todo esto no son más que digresiones en un plano extremadamente teórico. Pero, **¿no podríamos pensar que la formación de las cabezas que se opera en el plano más teórico tiene efectos muy prácticos al cabo del tiempo?**
5. Diariamente estamos usando las mismas palabras, pero quizá con sentidos distintos. **¿Por qué decimos que el capitán tiene poder sobre los marineros, que el padre tiene poder sobre su hijo, que el profesor tiene poder sobre sus alumnos? La palabra poder, ¿tiene el mismo alcance y contenido en cada uno de estos casos?**
6. Más bien parece que la noción más básica es la de *jurisdictio*. Porque el capitán tiene una *jurisdictio* sobre sus marineros, el padre sobre sus hijos, el rector sobre la comunidad universitaria. **¿Son realidades reductibles la una a las otras, o que se dejen explicar unas por otras?**
7. Como las edades moderna y contemporánea han pretendido reducir todo los ordenamientos éticos a una sola realidad que, a modo de *principium unicum* explique todas las manifestaciones de la praxis humana, a nosotros nos han enseñado que toda la vida humana es

armónica y sistemática. Los principios únicos que se han propuesto (la sociabilidad, la felicidad, la paz, la libertad, etc.), **¿le parecen suficientes para explicar todo el ordenamiento jurídico?**

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. **¿Reconoce usted en su experiencia habitual el "deseo de dominación universal y fuera de lo normal" de que habla PASCAL.**
2. En el tiempo de PASCAL (segunda mitad del siglo XVII) se estaba abriendo paso la exigencia de un método único para todos los saberes, que solamente habría de tener en cuenta las "cualidades primarias" de los cuerpos, que son las apresables en número y figura. **¿Qué tiene que ver esta observación de PASCAL con este problema?**
3. Según PASCAL, "Hay deberes distintos para con los distintos méritos: deber de amar la bondad, deber de temer la fuerza, deber de creer en la ciencia. Cada cualidad de éstas puede exigir lo que se le debe, que es injusto negarle". **¿Puede trasladar esta observación a su vida, más allá del plano abstracto en que nos habla este autor?**
4. **¿Es correcto mantener, como se dice en el Libro del Eclesiastés, que "cada cosa tiene su tiempo"? ¿Qué hay un tiempo para reír y un tiempo para llorar, un tiempo para la paz y un tiempo para guerra...?**

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. **¿Todos los intereses humanos están en un plano de igualdad? ¿O unos deben ser fomentados, y otros simplemente tolerados? Concretamente, la prostitución, ¿debe ser fomentada o tolerada?**
2. **Antes le proponía los ejemplos del poder del capitán, del padre, del profesor. ¿Cómo valorar el uso de la palabra "poder", que se hace en tantas definiciones?**
3. **Una realidad sistemática es aquella que consta de un solo principio que se desarrolla, de modo que desde tal principio, todos los desarrollos posteriores son calculables y previsibles. ¿Le parece a usted el derecho un sistema? Razone la respuesta acudiendo a ejemplos propios.**

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. Contemos con la hipocresía social: mucha gente se queja del excesivo individualismo de nuestra época. **¿Considera que son sinceras esas quejas cuando está en juego un interés personal?**
2. **¿Qué es exactamente un egoísta? ¿Una persona que sigue su propio interés, o una persona que no ha entendido donde está su interés?**
3. **¿Por qué en los países menos desarrollados es donde se observa mayor contraste entre los intereses, esto es, mayores diferencias entre los pobres y los ricos?**

TEMA XXX

La distinción entre lo empírico y lo real

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. La distinción.
II. Dos observaciones.
III. Lo ideal y lo real.
IV. Realidad y sentido.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. Se trata de "comprender" lo que hacemos, porque el Derecho no se compone de un agrupamiento de hechos, sino de acciones, y toda acción tiene una teleología.

2. Si decimos que el tren ha llegado tarde, estamos haciendo algo más que describir un hecho. La inteligencia humana rara vez es puramente teórica, de modo que se limite pura y simplemente a describir, sino que suele pasar, sin transición, desde lo observado como empírico a lo valorado como real.

3. El lenguaje es altamente expresivo en este punto, porque distingue claramente entre lo que es normal y lo que es usual. De hecho, todos quedamos halagados si dicen de nosotros que somos personas normales; pero quedamos molestos si dicen que somos personas vulgares.

4. Este tema está íntimamente conexo con el anterior, donde aludimos a la pluralidad de bienes y a la contradicción inevitable. Frente al "egoísmo razonable" de la Ilustración, los románticos alemanes lanzaron la noción de "Ideal", esto es, una meta por definición inalcanzable pero que haría de brújula en nuestras vidas, unificando todas nuestras actuaciones. Por este camino, el siglo XIX se pobló de "teorías" que querían explicarlo todo desde una única realidad o un solo punto de vista, y la teoría marxista ha sido la más conocida. Así, una teoría se opone a las otras teorías, y lo lógico es pensar que a una ideología solamente se le puede oponer otra ideología. Esto es falso. Pero hay que comenzar por entender la falsedad de las teorías que pretenden arreglarlo todo sistemáticamente, es decir, desde un único principio.

5. Si hablamos de la realidad de las instituciones jurídicas, no estamos aludiendo a ningún ideal. Un abogado real no es un profesional que sabe poco (porque ha ido olvidando lo que aprendió en los estudios), que procura cobrar mucho,

etc. Seamos realistas: la abundante legislación y jurisprudencia que regula la profesión de la abogacía, ¿qué tipo de profesional tiene en cuenta?

6. Los ideales, siempre utópicos, han hecho sufrir especialmente al siglo XX: nunca en nuestra historia había habido los genocidios ni las dictaduras que el siglo XX tuvo que soportar. Si hablamos de utopías, nuestra principal preocupación ha de ser precavernos frente a ellas.

7. Lo real es diverso, no sólo porque tengamos ideas distintas, sino porque cada cosa lleva en sí las razones de su propia legalidad.

3. LECTURA

MACINTYRE escribe: "Ninguna conclusión moral se sigue válidamente de un conjunto de premisas como "verdad lógica" ... de acuerdo con la exigencia de la lógica escolástica medieval que requiere que en un razonamiento válido no aparezca en la conclusión nada que no estuviera ya contenido en las premisas ... Hay varios tipos de razonamientos válidos en cuya conclusión puede aparecer algún elemento que no esté presente en las premisas ... de la premisa "él es un capitán de barco", la conclusión puede inferir válidamente "él debe hacer todo aquello que un capitán de barco puede hacer". Este ejemplo demuestra lo que como mínimo es una verdad gramatical: una premisa "es" puede, en ocasiones, llevar a una conclusión "debe" ... los modernos quizá daban por sentado que ninguna argumentación moral utiliza o se refiere a conceptos funcionales. Sin embargo, las argumentaciones morales de la tradición clásica aristotélica –en cualquiera de sus versiones griega o medievales– comprenden como mínimo un concepto funcional central, el concepto de "hombre" entendido como poseedor de una naturaleza esencial y de un propósito o función esenciales ... Sólo cuando el hombre se piensa como individuo previo y separado de todo "papel" el hombre deja de ser un concepto funcional".

Tras la virtud. Trad. DE A. VALCÁRCEL. Crítica. Barcelona, 1987, pág. 81.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. Tres grados en la teleología de las acciones: a) en un plano muy sencillo: el conductor del autobús que va desde el centro de la ciudad a la Facultad, está al servicio de quienes quieran hacer uso de ese servicio; b) en un plano algo más complejo: si llevamos el coche al taller para que le cambien las pastillas de los frenos, exigimos que se las cambien adecuadamente; c) en un plano más profundo: nuestra vida es como una novela que tiene uno o varios hilos argumentales: **¿sería correcto decir que el suicida es el que ha perdido el hilo argumental de su vida?**
2. Un hospital o una facultad universitaria que funcionen bien no constituyen una meta ideal e inalcanzable. **¿Diríamos simplemente que son entidades que funcionan "realmente" bien?**
3. El pensamiento utópico reclama la perfección. **¿Este pensamiento es necesariamente totalitario?**
4. **Un mecánico competente. Un tren que es limpio y rápido. Un profesor que explica cosas interesantes, con claridad: ¿son realidades ideales?**

5. Una persona que quiera hacer bien las cosas, sabe que ha de regar lo seco, enderezar lo torcido, dar de comer al que tiene hambre, reprimir el delito. **¿Todo esto son facetas de una misma realidad?**

6. Las teorías sobre las pirámides normativas que se han propuesto en el siglo XX, mantienen que la sentencia del juez es vinculante porque se ajusta a una ley, y esta ley, a su vez, es obligatoria porque se ajusta a otra ley superior, y ésta a la Constitución. **¿Procedemos así en nuestra vida cotidiana, de forma que cada acción nuestra sólo tiene "sentido" porque se ajusta a una acción de algún modo superior? ¿Vivenciamos así los bienes jurídicos que perseguimos en la vida de todos los días?**

7. **La naturaleza de la cosa, ¿en qué plano se mueve: en el simplemente empírico (un abogado chapucero), o en un plano más "real"?**

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. WHITEHEAD dice que "ustedes no pueden limitar un problema por razón del método de estudio. El problema es entender las operaciones de un cuerpo animal. Hay una clara evidencia de que ciertas operaciones de ciertos cuerpos animales dependen de lo previsto de un fin y del propósito de alcanzarlo. Ignorar esta evidencia porque otras operaciones han sido explicadas en términos de leyes físicas y químicas no soluciona el problema". "La función de la razón". Trad. DE L. GONZÁLEZ PAZOS. Tecnos. Madrid, 1985, pág. 54. **¿Podemos admitir que la explicación físico-química es la única posible?**

2. Los neokantianos insistieron en que un "deber ser" solamente puede ser derivado desde otro "deber ser", nunca desde algo que simplemente "es". La derivación del deber ser desde lo que es se la conoce, desde MOORE, como "la falacia naturalista", aunque ya se encuentra esta crítica en HUME, siglo y medio antes de MOORE. Cabe cuestionarse si esta exigencia no es más que un paralogismo. Porque es evidente que desde una piedra solamente sacaremos otras piedras, y desde una paloma sólo puede nacer otra paloma. **Pero este hecho, ¿es aplicable a la conducta humana de forma universal, como hicieron HUME y MOORE?**

3. MACINTYRE nos habla de los "conceptos funcionales". **¿Puede proponer fácilmente una docena de tales conceptos, sin necesidad de reflexionar mucho?**

4. Una tesis de MACINTYRE es que el hombre que prescinda de sus circunstancias familiares, profesiones, sociales en general, no tendría identidad. **¿Le parece exagerada esta tesis?**

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. ¿Por qué PLATON estimó que existe un mundo nouménico o inteligible que guarda la idea completa de cada cosa?

2. Exista o no legislación al respecto, ¿es admisible que el piloto de avión, el conductor del autobús, consuman bebidas alcohólicas durante su trabajo? ¿Esto es una exigencia real o ideal?

3. ¿Nos percatamos de que las cosas son como se presentan, es decir, múltiples, dispersas, irreductibles, sin que exista un plano nouménico superior o un lenguaje común que las unifique?

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. ¿Es correcto mantener que los conceptos que usamos diariamente (de profesor, de conductor, de bedel, de camarero) son conceptos normativos?
2. ¿Le parece que es correcto mantener el método utópico de, por ejemplo, SKINNER: lanzar utopías para así mejorar la condición actual?
3. Está el problema del estatuto epistemológico de lo explicado aquí: ¿todo esto compone una teoría que puede ser descompuesto por otra "teoría"?

CUARTA PARTE

ESTIMATIVA JURÍDICA

ÁNGELES LÓPEZ MORENO. *Universidad Complutense de Madrid*

TEMA XXXI

NACIMIENTO Y DESARROLLO DE LA ESTIMATIVA

1. ÍNDICE DEL SISTEMA

I. La breve e inconstante historia de la estimativa o axiología.
   1. Introducción.
   2. Precedentes históricos-conceptuales.

II. Los primeros trabajos sistemáticos. Su incidencia en el pensamiento axiológico posterior.
   1. El clima filosófico.
   2. Entre espiritualismo y formalismo.
   3. Los valores como movimientos emocionales del sentimiento.
   4. La axiología neokantiana de la escuela de Baden.
   5. La axiología psicológica de la escuela de Viena.

III. La ética de los valores como experiencia fenomenológica.
   1. Postulados generales.
   2. La teoría de los valores como experiencia fenomenológica de los valores.
   3. Los valores como esencialidades de entidad ideal.

IV. Continuadores de la axiología fenomenológica.
   1. La aprehensión de los valores como «acto de conocimiento intuitivo».
   2. Sentimiento y razón en el conocimiento de los valores.

2. IDEAS BÁSICAS

1. El tema del valor que da nombre a la estimativa o axiología es uno de los más importantes y originales del pensamiento contemporáneo, que ha venido ocupando el centro de la reflexión filosófica en los últimos años del siglo XIX y se prolonga en la primera mitad del siglo XX. DE LOTZE a BRENTANO, de WINDELBAND a RICKERT, de MEINONG a EHRENFELS hasta las construcciones más acabadas de SHELLER y HARTMANN, pasando por HILDEBRAND y REINER hasta HEIDEGGER, la investigación en torno a los valores transcurre en Alemania, produciendo una rica literatura que apenas era conocida en España por unos pocos filósofos españoles de formación germana que, en breves trabajos de divulgación la introducen

en nuestro país, ya bien entrado el siglo XX (ORTEGA Y GASSET, GARCÍA MORENTE, ROMANO MUÑOZ y Antonio CASO, especialmente).

2. En la actualidad, *la filosofía de los valores*, es considerada como una *disciplina especial* en el conjunto de la filosofía general, y como *estimativa o axiología jurídica* es hoy una *parte fundamental de la Filosofía del Derecho*. Antes que nuestra Constitución vigente positivara los "valores superiores del ordenamiento jurídico" como *valores*, iusfilósofos como RECASÉNS SICHES y PUY MUÑOZ ya reclamaban la estimativa jurídica como parte de la Filosofía del Derecho, en base a que el orden del Derecho es un orden valioso porque realiza valores. Tras el reconocimiento constitucional no sólo su denominación como "valores superiores", sino su ubicación en el umbral de la Constitución le convierte en "norma básica" y "punto de partida" de todo el ordenamiento jurídico español.

3. Los precedentes histórico-conceptuales del concepto "valor" –que no el vocablo– está presente en el pensamiento occidental a partir de SÓCRATES, PLATÓN y ARISTÓTELES, donde aparece identificado con la idea de "bien". Más tarde, en el siglo XVIII, KANT sitúa la idea de bien en el mundo personal, en la "conciencia moral", en el "deber" que despojado de la materia se convierte en la *forma* simple de lo *valioso* o *validez* (filosofía de la validez no de lo valioso), dando lugar después a una axiología o *estimativa formalista* (especialmente cultivada por la Escuela de Baden) frente a la que, en los últimos años del siglo XIX, se produce una fuerte reacción de signo antiformalista que da lugar a dos corrientes opuestas: a) *la subjetivista* (los valores son materiales y poseen contenido, si bien su valor no es absoluto, pues depende del hombre, que atendiendo a tiempos, lugares y circunstancias otorga valor a las cosas), y b) *La objetivista* (los valores son materiales, si bien no son valiosos por la estimación del hombre, sino porque tienen valor en sí, y el hombre los percibe como algo objetivo y absoluto). Ambas corrientes significan una nueva forma de entender los valores a la que se denomina *"Wertphilosophie"* o *filosofía de los valores* que conectada en sus inicios con la ética, pronto empieza a desarrollarse como disciplina autónoma en el primer tercio del siglo XX, por obra de autores alemanes cuyos trabajos, en su mayor parte, aún no han sido traducidos al castellano, de aquí su escaso conocimiento y menor incidencia en quienes no la conocen y la niegan.

4. La "filosofía de los valores" nace vinculada a la ciencia y al método fenomenológico (*vid.* Tema XI) de la mano de autores como LOTZE (los valores hay que buscarlos en la "unidad de la conciencia" que es una realidad inmaterial a la que accedemos por el análisis fenomenológico), M. SCHELLER (los valores son objeto de la experiencia fenomenológica, constituyen los datos originarios de las experiencias emotivas que pueden contratarse y determinarse por vía experimental; ética material de los valores *materiale Wertethik* fundada en ideas *a priori*: los valores los extraemos de las cosas a través de procesos psíquicos o tendencias emocionales, son captados a través de la intuición emocional) y N. HARTMANN (los valores tienen una existencia real y objetiva aunque esa existencia no es actual sino real y son conocidos a través de la aprehensión emocional) elaboran la *teoría de los valores Wertheorie* cuyos postulados fundamentales son los

cinco enumerados en las páginas 291-292 del Manual. La estimativa fenomenológica es continuada por HILDEBRANDY REINER.

3. LECTURAS

1. "Como la fenomenología misma, la Ética fenomenológica nació por obra de HUSSERL, que siendo ya doctor en Matemáticas, se volvió hacia la filosofía en los años ochenta y fue a estudiarla a Viena con BRENTANO, habilitándose luego al profesorado a la sombra de STUMPF en la Universidad de Halle. Pues bien, es precisamente en esos mismos años cuando BRENTANO publica su célebre opúsculo sobre *El Origen del Conocimiento Moral*, que habría de determinar de manera decisiva el ulterior tratamiento fenomenológico de este problema.

En el curso de ese pequeño libro aparece reflejado con toda claridad el estado de la cuestión del conocimiento moral tal como se presentaba en el siglo XIX. KANT había criticado certeramente la teoría empirista del sentimiento moral propuesta por los filósofos de la Ilustración británica, poniendo de relieve sus consecuencias subjetivistas y mostrando su insuficiencia para dar razón de la universalidad y la necesidad con que aparecen los imperativos morales a la conciencia humana. Frente a aquélla había sostenido que éstos proceden más bien de un uso puro de la razón práctica, que ofrece al hombre un criterio enteramente objetivo y estrictamente formal de lo que debe hacer: el imperativo categórico. Pero en seguida la aplicación de un criterio semejante se mostró dificultosa y de muy limitado alcance, y pensadores como HERBART, LOTZE o BENEKE volvieron de nuevo los ojos al sentimiento para encontrar en él la regla que buscaban, aún a riesgo de perder su objetividad. Pues bien, la originalidad de la posición sustentada por BRENTANO estriba precisamente en pretender avenir una teoría no racionalista del conocimiento moral con el más riguroso objetivismo. Así lo reconoce él mismo en el prólogo de su opúsculo: "Nadie ha determinado los principios del conocimiento en la Ética de manera en que yo, sobre la base de nuevos análisis, los determino aquí. Nadie, sobre todo de los que han creído deber otorgar al sentimiento una participación en los fundamentos de la moral, ha roto tan radical y completamente con el subjetivismo ético".

J.M. PALACIOS GARCÍA:"El conocimiento de los valores en la ética fenomenológica", *Rev. Pensamiento*, Vol. 36, 1980, págs. 288-289.

2. "Cuando hablo de la "ampliación" y "restricción" del reino de los valores que le son dados a un ser, no me refiero ni de lejos a un crear o producir ni a un aniquilar los valores mediante el amor y el odio. Los valores no pueden crearse ni aniquilarse. Existen con independencia de toda organización de seres espirituales determinados. Pero pienso que no es esencial el acto de amor el que se dirija "a modo de réplica" hacia el valor ya sentido o preferido, sino que este acto desempeña más bien un papel *descubridor* en nuestra aprehensión de valor –y que sólo el lo desempeña–, realizando un *movimiento* en el *curso* del cual se iluminan y destellan a su vez *nuevos* y más altos valores, es decir, valores aún completamente desconocidos para el ser en cuestión. No sigue, pues, a la percepción del valor ni al preferir, sino que los precede como su *pionero* o conductor".

MAX SCHELER: "Der Formalismos in der Ethik una die materiale Wertethik", *Zwiter Teil*, Vol. 2 (GW 2, págs. 266-267).

3. "El acto en el que se capta directamente el valor no es un auténtico acto de conocimiento, no es un acto teorético, sino un *acto emocional*, *un acto en que se toma posición*, un acto de sentimiento: *sentimiento de valor (Wertgefühl)*".

Nicolai HARTMANN: "Zur Grundlegund der Ontologíe", *Belin, Walter de Gruyter*, 1934, Viertel Teil, III, 49).

4. "Es *moralmente buena* aquella conducta en que *correspondemos* a la exigencia procedente de valores *objetivamente importantes*, en la medida en que respetamos su existencia y, cuando nos hallamos en condiciones de ello, nos *comprometemos* en su *mantenimiento* o en su *realización*. Por el contrario, nuestra conducta es mala, no porque intentemos mantener o alcanzar para nosotros valores sólo *subjetivamente* importantes, sino en la medida en que nos *oponemos* al mantenimiento o a la realización de valores *objetivamente* importantes; cosa que las más veces sucede por el mantenimiento o logro de valores sólo subjetivamente importantes".

Hans REINER: "Grundlagen und Grundzüge der Ethik". 5. en H.R. Reiner *Die Grundlagen der Sittlichkeit*. p. 418).

5. "Según SCHELER los valores se nos dan en general en un "sentir". Mas el sentimiento se concibe habitualmente como hallándose en oposición a la razón: una oposición que fue expuesta por ARISTÓTELES y que, desde entonces, domina la filosofía, sobre todo después de que fuera reiterada por KANT. Sin embargo, según la nueva concepción de la razón propuesta por SHELER, habría que distinguir entre los sentimientos dependientes de impulsos y aquellos otros en que tomamos posición ante los estados de cosas del mundo en razón de su mera manera de ser, que pertenecen, por tanto, a la razón. También SCHELER ha descuidado hacer esta distinción. Se encuentra, por el contrario, en la Antigüedad anterior a ARISTÓTELES, en la teoría del alma de *Platón*".

Hans REINER: "Grundlagen, Grundsätze und Einzelnormen des Naturrechts", Freiburg. *Karl Alber*, 1964, págs. 22-23).

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR

De la atenta lectura del contenido de los textos indicados en las lecturas 2, 3, 4, 5 y del estudio del tema XXXI del Manual, exponga brebemente (10 líneas máximo) su opinión sobre la relevancia o irrelevancia de las aportaciones realizadas por la fenomenología al mundo de los valores.

5. EJERCICIOS CERRADOS

1. ¿Cuál es el clima que reina en la filosofía alemana de finales del siglo XIX?

2. ¿Sobre qué tema se centra la discusión?

3. ¿Qué dos concepciones del mundo enfrenta la discusión antes referida?

4. ¿Qué separación radical establece LOTZE en su obra "Microkosmus?

5. Para LOTZE al "ser" lo captamos, con....., al "valor" a través de .....
.....

6. En qué clase de referencias emocionales dice BRENTANO que residen los valores:

a) En la simple representación
b) En los movimientos emocionales de la voluntad o de los sentimientos
c) En el juicio

7. **¿Dónde encuentra BRENTANO el criterio de lo bueno y de lo preferible?**

8. **Para BRENTANO la captación del valor se encuentra en .....**

9. **Enumere los postulados generales de la ética de los valores de M. SCHELER y N. HARTMANN.**

10. **Cómo llama HARTMANN al acto en el que se capta el valor:**
    a) De conocimiento
    b) De experiencia
    c) Emocional e intuitivo
    d) De sentimiento ("Gefühl").

6. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Según el principio establecido por REINER en el texto de la lectura 4, ¿dónde cree Vd. que radica la diferenciación de lo bueno y lo malo?**

2. **Comente brevemente, apoyándose en el texto de la lectura 1, cuál es el clima filosófico en Alemania a finales del siglo XIX. Sitúe en ese clima la novedad de la fenomenología. ¿Qué pretenden las nuevas concepciones fenomenológicas?. ¿Qué hay de novedad en sus planteamientos? ¿Puede Vd. apreciar en ellos alguna incidencia en el campo del Derecho?**

TEMA XXXII

La estimativa en la filosofía actual

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. La recepción en España de la filosofía de los valores.
  1. Los valores como cualidades o virtualidades irreales residentes en las cosas.
  2. El valor como motor del tránsito de lo peor a lo mejor.
III. Relevancia de la cuestión del valor en la fenomenología existencial.
  1. El punto de partida.
  2. El lugar del valor en la fenomenología de la existencia.
  3. Crítica de la filosofía trascendental de los valores. La génesis de lo valioso.
  4. Lo valioso como *Befindlichkeit* en *Ser y Tiempo*, y en la *Carta sobre el humanismo*.
IV. La posición crítica ante el problema del valor.
  1. El lugar del valor.
  2. Superación de la «ética material de los valores».

2. IDEAS BÁSICAS

1. La filosofía y la teoría de los valores, así como la corriente fenomenológica que la sustenta, en especial en su versión scheleriana, muy pronto encontró seguidores en España. Su recepción la llevaron a cabo dos grandes filósofos españoles formados en universidades alemanas, José Ortega y Gasset y Manuel García Morente y criticada, rechazada y superada por Xavier Zubiri en España y por Martín Heidegger en Alemania.

2. Continuando a Scheler para Ortega los valores son una extraña o sutil gama de objetividades que nuestra conciencia encuentra fuera de sí: *cualidades o virtualidades residentes en las cosas* a los que el hombre siente, estima o desestima, esto es, se nos hacen patentes por el acto de estimación del sujeto. Tienen existencia propia, los conocemos *a priori*, con certeza absoluta, cuasi matemática, sin depender de nuestros gustos o caprichos, y tienen una jerarquía o rango.

3. En su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, García Morente, al abordar la cuestión del sentido histórico de la historia humana, señala un doble movimiento antagónico de progreso simultáneo en la línea del bien y del mal y para saberlo antes se pregunta qué es el progreso a cuya pregunta responde afirmando que el *progreso* es la *realización del reino de los valores por el esfuerzo humano*, un esfuerzo que va de lo peor a lo mejor y cuyo motor es el valor cuya descripción y explicación resume en sus trece teoremas acerca de los valores.

4. Para ZUBIRI las tesis axiológicas heredadas de la fenomenología y, en particular, la de SCHELER, le parecen insuficientes e insatisfactorias. Ante todo difiere del autor alemán en que si bien es verdad que la realidad es independiente del valor, no es cierto que el valor sea independiente de la realidad. Los *valores* para ZUBIRI *penden de las propiedades de las cosas*; es inadmisible para él la separación scheleriana entre ser y valor, entre la cosa y el valor, pues sin *realidad no hay valor*; el valor no es sólo un valor *en la cosa* sino valor *de la cosa*, la relación entre realidad y valor es, pues, *intrínseca*, lo cual significa que las cosas son valiosas. El valor *es siempre y sólo valor de algo* y es ese "algo" lo que es formalmente valioso por su misma realidad. En última instancia para ZUBIRI lo que tenemos formalmente presente es un acto de estimación, no es un valor, sino una realidad valiosa que, de esa forma, se nos muestra no sólo como valiosa, sino como buena, es decir, como *bien*. El *término formal de acto de estimación es*, pues, *el bien: la realidad* no es buena porque es valiosa, sino que *es valiosa porque es buena*, es el bien el que soporta al valor y no al revés como pretendiera SCHELER.

3. LECTURAS

1. "Es sobremanera extraño que problema tan esencial y amplio aparezca ante nosotros como una *terra incognita*. Nos encontramos, en efecto, con la paradójica circunstancia de que mientras la filosofía desde su iniciación, cavila sobre el problema del ser, su equivalente en extensión y dignidad, el problema del valor, parece no ya escasamente atendido, sino ignorado por los filósofos.

Claro es que no ha acontecido rigurosamente así. Un tema tan radical no tolera que se le pase por alto. Podrá el pensador individual desapercibirlo, podrán correr ante él las épocas sin destacar formalmente su fisonomía; no obstante, el tema se hará presente de algún modo en el cuerpo de la ciencia. Unas veces estará fundido e indiferenciado con otros problemas; otras, por el contrario, se deslizará disfrazado bajo alguna de sus formas particulares; otras, en fin, su presencia consistirá precisamente en una agresiva ausencia, como en un mosaico la pieza perdida hace constar su alejamiento dejando el perfil de su hueco.

Así la versión en que más reiteradamente ha preferido ocultarse el Valor es la idea del Bien. Durante siglos, la idea de lo bueno ha sido la que aproximó más el pensamiento a la idea de lo valioso. Pero, como pronto veremos, el Bien no es sino, o el substrato del valor, o una clase de valores, una especie del género valor. Y acaece que cuando no se posee la verdadera idea genérica, la especie se convierte en un falso género, del cual conocemos sólo la nota específica. Un ejemplo aclarará esto que digo: para los primitivos pensadores de Jonia no existían más objetos que los corporales o físicos. Ninguna otra clase de objetos habían entrado aún en el campo de su intelección. Consecuentemente, para ellos no existía la distinción, tan obvia para nosotros, entre el ser y el ser físico o corporal. Sólo este último conocían, y, por tanto, en su ideario cuerpo y ser valen como sinónimos. El ser se define por la corporeidad, y su filosofía es *fisiología*. Mas he aquí que Pitágoras, errabundo en Italia, hace el dramático descubrimiento de unos objetos que son incorpóreos y, sin embargo, oponen la misma resistencia a nuestro intelecto que los corporales a nuestras manos: son los números y las relaciones geométricas. En vista de esto, no podremos, cuando hablemos del ser, entender la corporeidad. Junto a esta, como otra especie del ser, está la idealidad de los objetos matemáticos. Tal duplicación de los seres nos hace caer en la cuenta de nuestra ignorancia sobre qué era el ser. Conocíamos lo específico de la corporeidad, pero no lo que de ser en general hay en esta.

Pues análogamente, al hablar del Bien, llegaremos tan sólo a conocer una forma específica del valor, sin que sospechemos tras ella el género valor. Y prueba inmediata de que es algo

muy distinto tenemos en la sencilla consideración de que el Bien y el Mal se excluyen, son el uno lo contrario del otro y, sin embargo, uno y otro son el valor: el Bien, un valor positivo; el Mal, un valor negativo. ¿Qué es, pues, ese sustantivo «valor» común a ambos y que se especifica de tal modo en caracteres contrarios?".

ORTEGA Y GASSET: Introducción a una estimativa ¿Que son los valores?. O.C. T. VI, Alianza Ed. *Revista de Occidente*, Madrid, págs. 316-317.

2. "La naturaleza genuina de los valores aparece con mayor claridad cuando se advierten sus propiedades. En efecto, un valor es siempre o positivo o negativo. Por el contrario, las realidades no son nunca *sensu stricto* negativas. No hay nada en el mundo del ser que sea negativo en el plenario sentido en que lo es la fealdad, la injusticia o la torpeza.

Además de esta su cualidad –positiva o negativa– es esencial a todo valor ser superior, inferior o equivalente a otro. Es decir, que todo valor posee un rango y se presenta en una perspectiva de dignidades, en una jerarquía. La elegancia es un valor positivo –frente al negativo inelegancia–, pero, a la vez, es inferior a la bondad moral y a la belleza. La certidumbre de esta subordinación no goza de menor firmeza que pueda tener la que sentimos cuando afirmamos que cuatro es menos que cinco, y es, a la postre, del mismo tipo. En última instancia, la verdad matemática nos transfiere a la intuición o intelección de los números. Basta entender bien lo que es cinco y lo que es cuatro para que nos sea evidente la minoría de cuatro con respecto a cinco. Basta asimismo con «ver» bien lo que es «elegancia» y lo que es «bondad moral» para que aquélla aparezca como objetivamente inferior a ésta.

Cualidad y rango son propiedades de cada valor que éste posee merced a su materia, última contextura estimativa, irreductible, a toda otra determinación. Eso que la elegancia es en sí misma, a diferencia de la justicia, de la belleza, de la utilidad, de la destreza, etc., no puede ser definido como no puede ser definido el color rojo ni tal sonido. Nuestra noticia de ello sólo puede consistir en una directa, inmediata percepción.

Resumiendo, el valor tiene tres dimensiones: su cualidad, su rango y su materia."

ORTEGA Y GASSET: op. cit. págs. 332-333.

3. "¿Diremos entonces que son los valores los que constituyen el sujeto del progreso? ¿Diremos que son los valores los que progresan? Tampoco podemos decirlo. En los valores no cabe progreso; pues como tales valores, es decir, independientemente de que estén mejor o peor encamados, mejor o peor realizados y cumplidos por las cosas, los valores son perfectos, justamente porque son irreales. Los valores constituyen el criterio del progreso; pero no progresan ni regresan. Los valores –repitámoslo– no son, sino que valen. Por tanto, en ellos, considerados en su pureza absoluta, no cabe cambio hacia mejor."

GARCÍA MORENTE: *Ensayos sobre el progreso*. Ed. Doscas, presentación de J. Miguel PALACIOS, Madrid, 1980, págs. 54-55).

4. "Antes de dar por terminado este análisis de la idea de progreso, intentaremos, a modo de resumen, enumerar algunas de las consecuencias que se derivan de la definición misma y constituyen lo que podríamos llamar principios *a priori* o formales del progreso. Estos principios los dividiremos en tres grupos. El primero se referirá a la realización de los valores; el segundo, a la intuición y estimación de los valores por el hombre; el tercero, a las normas que deben tenerse en cuenta para los juicios sobre el progreso universal.

Primer grupo: Realización de valores.

1º Todo descubrimiento o invención de un valor constituye progreso.

2º Toda transformación de una cosa en bien (bonificación) constituye progreso.

3º Toda intuición destinada a realizar un valor es progreso, por imperfectamente que desempeñe su cometido.

4º Toda mejor realización de un valor ya realizado es progreso. Esta mejor realización de un valor puede llevarse a cabo de varios modos: por depuración, por facilitación, por intensificación, etc.

5º Todo aumento de bienes en cantidad constituye progreso.

6º Toda disminución de males constituye progreso; porque la eliminación de un mal no debe considerarse como la simple negación de una cantidad negativa, sino como la producción de un positivo valor.

7º Todo aumento de males constituye retroceso.

8º La conversión de un bien-medio en bien-fin no constituye progreso y puede constituir detención o retroceso.

Segundo grupo: Estimación de valores.

1º Todo aumento en la capacidad humana para estimar valores es un bien y un progreso.

2º Toda rectificación de aberraciones estimativas constituye progreso. Esta rectificación puede referirse tanto a la denuncia de estimaciones en sí mismas falsas, como al restablecimiento de la auténtica jerarquía entre los valores.

Estos dos principios contienen, propiamente, el fin de la educación humana

Tercer grupo. Juicio sobre el progreso universal.

1º El fomento y desarrollo de un valor inferior con detrimento de otro valor superior, es un retroceso. En cambio, el descubrimiento de que ello acontece y la rectificación consiguiente, constituye progreso. Por ejemplo: la abolición de la esclavitud, que menoscababa el superior valor de la dignidad humana.

2º El fomento y desarrollo de un valor superior, con detrimento de uno inferior, puede ser retroceso y desde luego plantea siempre la cuestión técnica de lograr el paralelo desarrollo de ambos valores. Los valores no son en sí incompatibles. Sólo la técnica de su realización puede ponerlos en conflicto. Pero cabrá siempre descubrir un método de realización que elimine la incompatibilidad.

3º El progreso universal resulta de los progresos particulares, pero teniendo esencialmente en cuenta la jerarquía entre los valores.

A estos principios formales del progreso podrán, sin duda, agregarse otros. Un estudio detenido de las condiciones *a priori* que dominan la producción de bienes y la realización de valores podría, quizá, descubrir esencias, que darían lugar a más principios de este tipo. la lista anterior es, sin duda, un primer ensayo torpe e insuficiente. Sólo la he expuesto como ejemplo de las evidencias que se desprenden sin esfuerzo de la definición del progreso como realización de valores. Puede esperarse que el desarrollo de la estimativa o ciencia de los valores permita pronto acometer con más exactitud e integridad la tarea de diseñar un cuadro de los principios *a priori* del progreso."

M. García Morente, *Ensayos sobre el progreso*, Dorcar, Madrid, 1980, págs. 67-69).

5. "La condición, decía, es algo en que queda la cosa estimada. Y este quedar tiene dos dimensiones: la dimensión de objetividad y la dimensión de realidad. La cosa estimada es objetiva y realmente de determinada condición. Era esencial alcanzar este punto preciso: la condición pertenece real y objetivamente a las cosas. Por pertenecerlas realmente, es algo suyo: por pertenecerles objetivamente, es posible un διά–λέγειν, una dialéctica de la condición.

Esto supuesto, la realidad en su condición de estimanda es lo que formalmente constituye el bien. Aquí tomo la palabra «bien» en el sentido de «línea de bien». El bien no es formalmente lo deseable. La célebre frase con que debuta la *Ética a Nicómano* de Aristóteles:

ταγαθὸν οὗ πάντ' ἐφίεται, «lo bueno es lo que todos desean», expresa una propiedad que innegablemente pertenece al bien, pero que no es lo que formalmente lo constituye. El ser término del deseo no es lo que primaria y formalmente constituye el bien. El bien es formalmente la realidad en su real condición de estimanda.

Volvamos ahora al comienzo de este párrafo. Comenzaba diciendo que el valor es siempre y sólo valor de la realidad, esto es, que el término formal del acto de estimación no es «valor» sino «realidad valiosa». Nos preguntábamos entonces qué es la realidad en cuanto término de la estimación. Y hemos visto que no es la nuda realidad, sino la realidad en condición. Ahora debemos decir más concretamente el término formal del acto de estimación es el bien. Realidad en condición es, en efecto, simplemente bien. Con lo cual estamos capacitados para conceptuar la articulación entre valor y bien.

El valor no es sino la cualidad del bien, en tanto que bien es la valía de un bien. Y como el bien es una condición de la realidad, resulta que el bien es el que funda el valor, y no el valor el que funda el bien, como pretendía SCHELER. La realidad no es buena porque es valiosa, sino que es valiosa porque es buena. El bien no es el mero soporte *(Träger)* del valor, sino que es la condición de la realidad en cuanto estimanda. Por tanto, no se trata de negar los valores, sino de negar que sean lo primario y radical de lo estimado en cuanto tal. Lo primario y radical es el bien y no el valor. Ciertamente, puedo ir del valor al bien. Pero entonces el valor es mera *ratio cognoscendi* del bien; en manera alguna su *ratio essendi*. La razón de ser del bien es la realidad misma en su condición de estimanda. Realidad valiosa es pura y simplemente «bien».

La dualidad radical en nuestro problema no es, pues, la dualidad «realidad-valor» sino la dualidad «nuda realidad-realidad valiosa». Dicho ahora con más precisión, es la dualidad «nuda realidad-bien». Bien y nuda realidad no son dos regiones de objetos, porque aunque es verdad que la realidad en cuanto tal nada tiene que ver con el bien, la recíproca no es cierta: el bien envuelve formalmente la realidad. Y este modo de envolver es ser «condición»."

ZUBIRI: *Sobre el sentimiento y la volición*, Presentación de D. GRACIA, Alianza Ed. - Fund. Xavier ZUBIRI, Madrid, 1992, págs. 222-223.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR

1. De los epígrafes del Manual referidos a la cuestión del valor en HEIDEGGER (págs. 306 final y 310).

   ¿Hasta qué punto interesó al filósofo alemán la axiología de sus predecesores? ¿Con qué fines abordó HEIDEGGER esta cuestión?

2. **¿Qué causas histórico-políticas y culturales cree Vd. que motivaron el largo retraso de la recepción de la filosofía de los valores en España? Para responder con rigor a esta pregunta se sugiere la consulta de la historia de España de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX.**

5. EJERCICIOS CERRADOS

1. ¿Qué filósofos españoles son herederos de la filosofía y teoría de los valores?

a) Millán Puellas
b) Zubiri
c) Ortega y Gasset

d) García Morente
e) González Álvarez
f) Galán y Gutiérrez

2. **Para Ortega el conocimiento de los valores:**
   a) Es absoluto y cuasi matemático
   b) Está basado en la experiencia
   c) Está basado en las emociones

3. **La ciencia de los valores es para Ortega:**
   a) Un sistema ordenado
   b) Un sistema de verdades mediatas
   c) Un sistema de verdades evidentes e invariables

4. **Según su materia, los valores son para Ortega:**
   a) .....
   b) .....
   c) .....
   d) .....

5. **¿Cómo define García Morente el progreso?**

6. **Para García Morente ¿el ser de los valores es el mismo ser de la realidad? ¿Los valores son conocidos o estimados? ¿Son objetivos? ¿De quien depende su consistencia?**

7. **¿En dónde hay que situar, según Heidegger el trascender de lo valioso? ¿en dónde está depositado el valor de la verdad?**

8. **¿Qué lugar ocupa el valor en la fenomenología de la existencia en Heidegger?**

9. **¿En dónde radica la diferencia fundamental entre Zubiri y Scheler?**

10. **En Zubiri, ¿el bien es soporte del valor o es la condición de la realidad en cuanto estimada? El valor ¿es *ratio esendi* o *ratio cognoscendi* del bien?**

6. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Contraste los textos de Ortega, García Morente y Zubiri y señale las diferencias fundamentales de sus respectivas concepciones acerca de los valores.**

2. **¿Cómo articula Zubiri la relación entre valor y bien? Para responder a esta cuestión complemente el texto del Manual con la lectura 5.**

3. **De la lectura 4 emita su propia valoración sobre los principios *a priori* o formales que del progreso ofrece García Morente. Realmente ¿todo aumento en la capacidad humana para estimar valores es un bien y un progreso? Justifique brevemente su respuesta. ¿Entiende que la incapacidad humana actual para estimar valores no empece el creciente progreso social? Justifique su respuesta. ¿Se puede entender que una sociedad progresa atendiendo tan sólo a la renta per capita de los miembros a los valores económicos, a expensas de disvalorar otros? Justifique su respuesta.**

TEMA XXXIII

DIFICULTADES DE LA PREGUNTA ¿QUÉ SON LOS VALORES?

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Dificultades básicas.
II. Primera dificultad: la ubicación espiritual de los valores.
III. Segunda dificultad: equivocidad y ambigüedad. Objetivismo y subjetivismo como posiciones unilaterales reflejos del conflicto entre dos sistemas de entender los valores. Intento de superación.
  1. Planteamiento del problema de la equivocidad y ambigüedad de los valores.
  2. El dualismo objetivismo-subjetivismo. Intento de superación.
IV. Tercera dificultad: falta de unanimidad respecto a la "valía" de los valores. El relativismo de los valores. Superación integradora.
  1. «Valía» objetiva versus «valía» subjetiva. Subjetivismo individual y subjetivismo social.
  2. Intentos de superación del relativismo por parte del objetivismo axiológico.
  3. El relativismo axiológico en cuanto tal.
V. Cuarta dificultad: forma y modo de ser de los valores.

2. IDEAS BÁSICAS

1. La pregunta qué son los valores plantea cuatro dificultades básicas: la de averiguar cuál es su ubicación espiritual, la de su equivocidad y ambigüedad, la de la falta de unanimidad respecto a su valía y, por último, el problema de su forma y modo de ser.

2. La primera dificultad viene dada por las distintas respuestas ofrecidas a lo largo de la historia que introducen niveles de complejidad tales que dificultan su ubicación espiritual.

a) Atendiendo a las direcciones o concepciones axiológicas, cuatro son las respuestas ofrecidas:
  – para el psicologismo axiológico los valores son situados en la psique humana, identificando valor y vivencia.
  – para la axiología neokantiana los valores están ubicados en un orden ideal según el cual todo lo que tiene validez es un valor.
  – la teoría axiológica fenomenológica o teoría de los valores sitúa a los valores en un mundo ontológicamente existente por sí mismo.
  – la axiología contemporánea sitúa a los valores en el mundo real, en la realidad y por ello en una realidad valiosa.

b) Las respuestas ofrecidas por dichas concepciones son plurales, diversas:
- para el psicologismo axiológico el valor *es relativo al sujeto* al estar aquél unido a la vivencia. Los valores son *subjetivos* y *relativos*.
- para el neokantismo axiológico los valores son *ideales* y sólo pueden ser captados e interpretados en la *esfera lógica*.
- para la Teoría de los valores (Werthcorie) son *entidades independientes*, cualidades objetivas que captamos por el *sentimiento intencional*.
- para el realismo axiológico contemporaneo la esencia del valor está en la realidad.

3. La segunda dificultad viene dada como consecuencia de la primera: al existir una pluralidad de teorías y respuestas y la imposibilidad de conciliarlas ha acabado introduciendo una mayor complejidad, equivocidad y ambigüedad, produciendo un dualismo difícil de superar que ha contribuido al desinterés por la temática estimativa misma. Para superarlo, en España, LÓPEZ QUINTÁS viene desarrollando un intenso y fructífero trabajo de *ajuste realista* que no puede, según el autor, alcanzar *desde fuera* sino al hito de la *experiencia del valor* que se presenta al hombre como *experiencia de participación* entre el hombre y lo real: el valor atrae al hombre y le llama a una tarea co-creadora para modelar su personalidad y conducirlo a su plenitud; los valores emanan del dinamismo del propio ser del hombre y éste los descubre en una tarea co-creadora, en donde sujeto y objeto constituyen al unísono el ser valioso de la experiencia de valor.

4. La tercera dificultad resulta de la antítesis objetivismo-subjetivismo: o los valores valen en sí y por sí y, por tanto, tienen una *valía objetiva* (objetivismo axiológico) o sólo existen por y para el sujeto, tienen una *valía subjetiva* (subjetivismo) y, por tanto, sólo son relativos al sujeto, particular y concreto (relativismo individual), o son relativos al sujeto en lo que éste tiene de social (relativismo social).

5. En cuando tal, el relativismo encuentra sus máximos exponentes en el sofista PROTÁGORAS DE ABDERA (tanto en su vertiente gnoseológica –"el hombre es la medida de todas las cosas"– como en el relativismo ético-político –expresado en el conocido "mito de Protágoras" expuesto en el diálogo platónico que toma por título el nombre del jurista "Protágoras"– y en el relativismo nihilista de NIETZSCHE".

6. ¿Es posible la superación del relativismo axiológico? Ante todo, para responder a la cuestión, es preciso resolver, como señala INGARDEN dos cuestiones: la que afecta, al sentido de la *relatividad misma* dado que existen pluralidad de sentidos de relatividad no diferenciados entre sí y, en segundo lugar, es preciso averiguar en qué consisten las diferencias entre los valores de distinta clase o valía, lo cual lleva al filósofo polaco a distinguir seis problemas no resueltos, si bien sus soluciones, en último término, tampoco aclaran si resuelven la cuestión por él planteada.

7. El segundo intento de superación del relativismo lo realiza Robert SPAEMANN, al pretender mostrar cómo ninguna de las dos variantes del relativismo resiste un examen racional. La tesis del relativismo social que SPAEMANN formula –"todo hombre debe seguir los valores dominantes en la sociedad en que vive"– cae justamente en aquello que critica, que es la no existencia o validez de valores en sí y por sí. La segunda tesis de relativismo individual –"cada uno debe seguir su propio capricho y hacer lo que le venga en gana"– olvida que la dimensión axiológica de la libertad implica obedecer a su conciencia, a la norma moral, a la autodeterminación por lo natural –su conciencia–, frente a lo extraño, con lo cual la protesta o rechazo antimoralista o antivalor es trivial y absurda, cayendo en un círculo vicioso. La afirmación "haz lo que quieras" presupone, sin duda, que uno sabe lo que quiere y esto implica ya una jerarquía de preferencias o de valores, que pasa por la ineludible referencia a respetar lo que prefieren los demás y, sobre todo, respetar el valor dignidad del hombre, de cualquier hombre, lo cual me priva "de hacer lo que me venga en gana".

8. La última dificultad hace referencia a la forma y modo de ser de los valores, cuyas respuestas pueden reducirse a las tres siguientes: a) los valores son valores de algo, son propiedades de los objetos, pero lo que depende de ciertas propiedades de un objeto ¿es por ello realmente ya un valor?; b) el valor, no es sino una relación entre la cosa valiosa y un sujeto al que la cosa valiosa rinde ciertos servicios, con lo cual se está negando la objetividad del valor y afirmando su subjetividad; c) el valor es una cierta objetividad de entidad formal especial que reside en su valiosidad y en razón de la misma se impondría como deber-ser.

9. La incidencia de estos problemas cobra especial relevancia en la nueva forma de concebir el valor del Derecho y de los valores jurídicos, tal y como muestra el Prof. PUY MUÑOZ en la lectura nº 4.

3. LECTURAS

1. "Los valores son vertientes de la realidad ambiguos por naturaleza, carentes de contornos definidos, rebosantes de dimensiones y, como tales, muy difíciles de reducir a un estudio analítico preciso y riguroso... En tanto no se descubra el modo de realidad específico que ostentaban las entidades relacionales –el "entre", en expresión de M. BUBER–, se tenderá a malentender el nexo de valores y persona humana como una forma banal de *relativismo*. Son numerosos los pensadores que destacan –con toda justicia– la condición *objetiva* –en sentido de "real" de los valores. Pero, al no reparar en el hecho decisivo de que ciertos tipos de realidad son *relacionales*, consideran que subrayar la vinculación de los valores a los procesos creadores humanos significa una recaía en el temido *subjetivismo*. Tienden, por ello, a sentarse en un cómodo *realismo objetivista*, por afán de seguridad, y con ello privan a los valores de la única firmeza que le es propia, la que deriva de su carácter relacional, del hecho de *brotar* y resplandecer y hacerse valer en los campos de juego que instauran, en determinadas circunstancias, entre el hombre y el entorno. Por el contrario, cuando se comparte el prejuicio de que el carácter «objetivo» se identifica simplemente con el carácter "cósico" se suele dejar a los valores en una dependencia absoluta respecto al sujeto humano, con lo cual se aboca al *subjetivismo axiológico*".

López quintás: *El conocimiento de los valores*, Ed. Verbo Divino, Navarra, 1989, págs. 12-13.

2. "El pensamiento contemporáneo (singularmente, el movimiento dialógico-personalista, el existencial y algunas ramas del movimiento fenomenológico) distingue con energía las formas "objetivas" de realidad y las "inobjetivas... Realidades "objetivas" son las realidades asibles, medibles, ponderables, delimitables, verificables por cualquiera. Realidades "inobjetivas" son las que ostentan un modo de espacio –temporalidad superior al empírico– y no pueden ser delimitadas, pesadas, situadas, cogidas con la mano, etc. Al no ser situables a distancia del sujeto cognoscente..., no son objetivables, proyectables a distancia. Son, sin embargo, cognoscibles por el hombre con un tipo de conocimiento de participación, en el cual se vinculan conocimiento y amor, conocimiento y acción creativa, conocimiento e inmersión activo-receptiva en las realidades relevantes que hacen posible la fundación de campos de juego".

Lopez Quintás: *El conocimiento de los valores*, op cit. págs. 19-20.

3. "Preguntarse que *son* los valores resulta paradójico, ya que los fenomenólogos, que dieron carta de naturaleza a una ética axiológica, entendían que los valores no *son*, sino que tienen otra peculiar condición: *valen*. Sin embargo, ni el arraigo de dicha filosofía en nuestro ámbito cultural, ni las propias afirmaciones de los que propusieron la fórmula en el trámite constituyente llevan a pensar que haya sido dicha filosofía, y sus coherentes implicaciones, la que haya quedado canonizada en tan relevante texto. Nos encontramos, pues, ante un término cuyo real significado habrá que buscar por vías distintas a las del rigor filosófico.

A. Ollero Tassara: "La Constitución, entre el normativismo y la axiología", *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. IV, 1987, p. 389.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR

1. **¿En dónde piensa Vd. que radican los problemas centrales de la pregunta qué son los valores?**
2. **¿Piensa Vd. que son fácilmente superables los perjuicios actuales en torno a esta problemática?**
3. **¿Qué entiende Vd. por relativismo social?**
4. **¿En el momento presente constata Vd. en la realidad social comportamientos apoyados en valores? Justifique la respuesta.**

5. EJERCICIOS CERRADOS

1. Para el psicologismo axiológico los valores son:

a) Objetivos y absolutos
b) Relativos al sujeto
c) Ideales y *a priori*
d) Materiales e intuitivos

2. **Para el neokantismo axiológico los valores son:**
   a) Materiales
   b) Objetivos
   c) Ideales y sólo pueden ser captados en la esfera lógica
   d) Relativos

3. **Para la teoría material de los valores éstos son:**
   a) Entidades independientes que captamos a través del sentimiento emocional
   b) Relativos al individuo y a la sociedad
   c) Eternos, inmortales, imposibles de captar por el hombre
   d) Nuevas ficciones.

4. **¿Cómo puede caracterizarse el nuevo modo de concebir los valores según López Quintás? Indique las respuestas acertadas.**
   a) Con mentalidad superobjetivista-ambital
   b) Con una construcción realista pero no objetivista
   c) Personalista que no subjetivista
   d) Relacional que no relativista
   e) Fundamentalista
   f) Empirista
   g) Evasiva y arbitraria

5. **¿Qué dos tipos de relatividad distingue Garcia Maynez y qué contenido asigna N. Hartmann a uno y otro tipo? Resuma brevemente su respuesta.**

6. **¿Qué manifestaciones básicas adopta, según Hartmann, la relatividad de los valores éticos? ¿Qué cuarta relatividad incorpora García Mayne?**

7. **Explique brevemente el relativismo absoluto de Protágoras.**

8. **¿Qué razones llevan a Protágoras a moderar su relativismo gnoseológico?**

9. **¿Qué finalidad persigue Protágoras en la exposición del "mito de Prometeo"?**

10. **¿Qué dos valores, según Protágoras posibilitan el origen de la sociedad y la justificación de la democracia?**

11. **¿Cuál es la medida de la Ley y el orden político según Protagoras?**

12. **¿Qué obliga al ciudadano a comportarse respetando el *nomos* según Protágoras?**

13. **¿Cabe la posibilidad de una fundamentación objetiva del valor y de la Ley en Protágoras? Justifique brevemente su respuesta.**

14. **¿En qué sentidos las palabras *relativo* y *relatividad* se usan indistintamente en sentidos contrapuestos según Ingarder? Enumere de forma resumida los seis problemas que señala el autor.**

6. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Comente y valore la tesis de relativismo social expuesta por R. SPAEMANN en el Manual.**

2. **Contraste las lecturas 2 y 3 y valore la afirmación que en la lectura 3 hace el Prof. OLLERO, especialmente, la enunciada en el último párrafo del texto, ¿por qué otras vías puede responderse a la pregunta qué son los valores que no sea filosófica?**

TEMA XXXIV

EL ACCESO AL MUNDO DE LOS VALORES: EL CONOCIMIENTO DE LOS VALORES

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. La pregunta por los valores como necesidad objetiva. Aclaraciones previas.
II. Coordenadas de las que partimos.
III. El conocimiento de los valores como condición de posibilidad del conocimiento y comprensión de la estimativa jurídica.
   1. Pensar, conocer y estimar como necesidades vitales.
   2. La interna relación entre pensamiento, conocimiento, apetición y estimación.
   3. La identidad en el ser de sujeto y objeto del apetito de valor.

2. IDEAS BÁSICAS

1. Preguntar por los valores es una necesidad objetiva contenida en la esencia misma del hombre; un hombre que antes de todo saber y de todo juzgar determinado se entiende y comprende a sí mismo como sujeto que pregunta. La pregunta, pues, sobre los valores no sólo determinará la respuesta, sino que contiene aunque sólo sea germinalmente el contenido de la misma: el ser del valor se revela a esta pregunta como condición de su posibilidad. Al preguntar por los valores, en la pregunta misma, queda ya compuesto un saber atemático de realización que responde a la pregunta explícita. Luego, en la misma pregunta se muestra ya con dialéctica entre *concepto* y *realización*, entre el saber conceptualmente explícito y temáticamente puesto y el saber atemático, no captado aún conceptualmente de manera refleja, que se *componen* en la misma *realización*.

2. La conciencia del valor –como señaló ORTEGA– es tan general y primitiva como la conciencia de los objetos, no solo aprehendemos, conocemos y descubrimos la realidad, sino que también la valoramos y la estimamos. Mas específica y particularmente, no nos contentamos con describir y explicar la realidad jurídica y los valores que ella representa y asume, sino que hemos de aprehenderla y comprenderla, cuestionándola: ¿por qué el Derecho es un valor? ¿por qué hay valores en el Derecho?, ¿qué son y cuántos?, ¿cómo los conocemos y reconocemos? ¿dónde reside su fundamento? ¿por qué unos son reconocidos, positivados y otros no? etc.

3. A tal fin nuestro objeto no es otro que exponer una concepción que permite afirmar la integración plena de la noción de valor en el marco de una *filosofía realista de intención metafísica*, que entiende al ser del Derecho como una reali-

dad abierta, viva, dinámica y real como el propio ser del hombre y de la humanidad, en donde el valor justicia se constituye como fundamento del Derecho, que hace que el hombre tienda a su perfección, al bien común, como ser individual y social.

3. LECTURAS

1. "Pues bien, de nuevo parece que nos estrellamos con un muro. Porque la admisión del principio del pluralismo axiológico-jurídico y de los dos postulados de dependencia de la tradición y de la dependencia del cambio factual, parecen indicar de nuevo la absoluta relatividad de los valores jurídicos: y por ende parecen conducir al escepticismo, o al menos al relativismo, sobre el problema –nuestro problema– del valor del derecho.

Estamos, pues, encerrados en una aporía. Pero, como siempre que en filosofía se llega a una aporía, sabemos algo ya. Sabemos los términos en que se establece. Y del análisis de la que ahora nos oprime resulta evidente, de inmediato, que la dificultad con que chocamos estriba en la tensión irreductible de dos larvados conceptos no coincidentes, del "valor". Nos referimos a la tensión entre una "concepción objetiva" y una "concepción subjetiva" del valor en general. Para resolver esta tensión, conviene, pues, que hagamos un brevísimo recordatorio de los términos en que se ha planteado, y resuelto, en nuestros días el problema general del valor.

Si el problema del valor es un tema eterno de la historia de la filosofía, no siempre se ha manifestado del mismo modo. Como es sabido, la cuestión de los valores no se ha planteado a la filosofía de un modo expreso hasta hace escasamente un siglo. De acuerdo con las características del tiempo en que surgió, la cuestión de los valores se expresó en unos términos rigurosamente fieles a la filosofía de la modernidad, uno de cuyos rasgos más distintivos y característicos –también es cosa sabida– es el "subjetivismo". *Nolis velis*, el valor nació a la filosofía con el pecado original de tender a identificarse con la subjetividad. Fundamentalmente, con la necesidad, el placer y la utilidad "subjetivas". Así por ejemplo, lo entendieron los pensadores que se suelen agrupar como representantes de la *axiología psicológica* (EHRENFELS, MEINONG, DÖRING, KREIBIG). En el mismo dominio se mantuvieron los *axiólogos neokantianos* (BAUCH, WINDELBAND, RICKERT), mudando el acento, del subjetivismo psicológico al subjetivismo lógico. El valor era para los últimos, fundamentalmente, la validez ideal.

Hasta los intentos de la *axiología fenomenológica*, elaborada desde diversas perspectivas por Franz BRENTANO y Max SCHELER, entre otros, no se pensó siquiera que el valor pudiera tener un contenido material que reclamara una referencia a algo de cualquier manera calificable de "objetivo". Fue realmente, un descubrimiento sensacional.

Todavía a la altura de nuestros días cabe maravillarse de la genialidad de esta idea. Todavía hoy podemos preguntarnos si no parecía una quimera esta pretensión de encontrar un fundamento objetivo, lógico-material, y no meramente lógico-formal, a los valores, porque el pensamiento moderno no parecía ofrecer ningún cauce a tal eventualidad. ¿Cómo fue posible barruntar el problema de la objetividad del valor? Como son siempre posibles estos descubrimientos en filosofía: volviendo a la tradición.

En efecto, la actitud de los filósofos clásicos y medievales sobre el valor (aunque, naturalmente, no lo llamaran literalmente por este nombre) es una posición acusadamente *objetivista*. El problema del valor es en PLATÓN la cuestión del *agazón*, del *bien*. Para ARISTOTELES es la doble cuestión de los fines parciales –o bienes para algo– y del fin absoluto –o bien en sí–. El valor se problematiza en AGUSTÍN en torno a la cuestión del *ordo bonorum*, orden teleológico de los bienes que subyace a la estructura dinámica de la naturaleza del ser creado, en pos del bien

total del ser creador. El valor, en suma y por sólo aludir a los hitos de esta doctrina, es para TOMÁS el problema de la jerarquía de bienes que se mueve desde el bien individual al bien común y de los bienes comunes al bien comunísimo. En conclusión, el valor es, a lo largo de toda esta etapa, siempre algo objetivamente apegado al ser, comprendido bajo la razón de bien y meta de la virtud desde el punto de vista del fin natural.

Los axiólogos fenomenólogos, buenos conocedores de esta tradición filosófica, intuyeron la posibilidad de dar un nuevo enfoque a la doctrina del valor. Un enfoque que pretendía soldar las dos perspectivas diversas: la que veía en el valor el bien o el fin objetivo, y la que veía en el valor la apreciación o los fines subjetivos. Ya en nuestros días, un grupo de pensadores que se identifican a sí mismos, como representantes de una *axiología realista* (Hugo MÜNSTBERG, William STERN, Friedrich Joachim VON RINTELEN) han llevado a término la tarea. Y, de acuerdo con las últimas perspectivas, podemos decir que sólo se puede comprender correctamente el valor, si lo entendemos como la *apreciación individual de la razón de bien que tienen las cosas para el hombre como fin absoluto.*

No es pues, sólo "apreciación" sino "apreciación de bienes". No es, pues, el valor sólo "razón", sino "razón de las cosas". No es, pues, el valor "finalidad indeterminada", sino "fin del hombre". Es estimación desde la perspectiva del hombre: pero apoyada en el ser de las cosas, en el ser del hombre y en la interrelación entre ambos seres. Se ha logrado así una comprensión armónica del valor, cuya aplicación al derecho puede ayudar a resolver nuestro problema.

Los valores jurídicos presentan, en la multiplicidad de su aparición existencial, una unidad esencial. Su pluralidad viene explicada por el hecho de constituirse mediante apreciaciones individuales. Su unidad esencial viene dada por la bondad real de los objetos jurídicos que los soportan. Esto supuesto podemos decir que *el valor jurídico es una forma ontológica de considerar el derecho.* En efecto, *el valor jurídico es el bien jurídico comprendido como fin.*

Esto establecido, podemos ya alcanzar lo que veníamos persiguiendo: comprender exactamente el sentido de la pregunta por el valor absoluto del derecho y contestarla.

El sentido exacto de la pregunta por el valor del derecho es el que sigue. Preguntar por el valor del derecho es preguntar por el bien que es o tiene para mí en cuanto hombre, o sea, para nosotros los hombres. *Es,* por ende y a la par, preguntar por el bien que no es o no tiene el derecho, por lo que le falta de bien al derecho en relación al fin del hombre. *Es,* en definitiva, saber buscado de lo que el derecho es y de lo que le falta ser como bien; vale decir, de lo que es y de lo que debe ser; o sea, de lo que es ya existiendo y de lo que sólo es todavía en potencia, como futuridad, como fin a alcanzar.

No podemos saber de verdad el valor del derecho si olvidamos que el valor es el bien. La pregunta por lo valioso del derecho es la pregunta por el bien esencial interno del ente jurídico. Y el bien jurídico es lo que tiende a realizar el ser jurídico en su tipo ideal: o lo que equivale, en lo que está destinado a ser en cuanto al fin a que se dirige. El valor jurídico es, por implicación, la apreciación del bien jurídico puesto como *ser-ya,* y simultáneamente como *ser-que-será, ser-que-debe-ser,* como fin.

Ahora escapamos a la aporía que pusiera Hans KELSEN a la axiología jurídica. Decía el maestro vienés que el valor es una entelequia, un fantasma. Pues, si se entiende por valor un fin intermedio, eso no es valor, sino facticidad, causalidad. Y, si se entiende como valor un o unos fines últimos, eso no es racionalidad, sino emocionalidad. No hay tal. *El valor jurídico es el bien del derecho estimado como fin: fin alcanzado y, a la par, fin a alcanzar.* No es nunca causalidad mecánica, sino finalidad, teleologicidad. Y no es tampoco nunca mera emocionalidad, sino también racionalidad. Como ha argüido Luigi BAGOLINI a KELSEN, la finalidad es también una causa, pero distinta que la formal. Y la emocionalidad funciona en el origen de todo proceso de fijación de fines. Pero siempre existe una "razón suficiente" racionalmente expresable, que explica el porqué un fin es ulterior a otro, o a todos los demás, y no viceversa.

En conclusión, la pregunta por el valor del derecho encuentra su respuesta por el cauce subjetivo, pero que desemboca en la realidad objetiva. No hay lugar a una respuesta escéptica o relativista para nuestra demanda. La apreciación valorativa del derecho no concluye en el relativismo ni en el escepticismo, porque los argumentos tendentes a justificar tal solución son perfectamente rebatibles."

F. PUY MUÑOZ: *Meditación sobre el valor del Derecho*, Santiago de Compostela, 1967-68, págs. 202-206).

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR

1. **Justifique por qué afirmamos que "los valores son objetivamente los fines de la acción humana". Apóyese en la lectura atenta de las págs. 340-344 del Manual y en la lectura del texto del profesor PUY MUÑOZ, lectura 1.**

5. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Comente, de acuerdo con las orientaciones que para la realización de "comentarios de texto" se ofreció por el profesor en la primera clase práctica, el texto del Prof. PUY MUÑOZ incorporado en la lectura 1. Para la realización del mismo el alumno dispondrá de un plazo de 15 días, pasado el cual deberá entregarlo por escrito para su corrección y calificación.**

TEMA XXXV

VALOR DEL BIEN. EL VALOR DEL DERECHO Y LOS VALORES DEL DERECHO. BIENES DEL DERECHO

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Caracterización de los valores.
   1. El concepto de «valor» en relación con el concepto de «bien».
   2. Caracterización de los valores.
   3. Valor y deber ser.

II. Valiosidad del Derecho y problematicidad de los valores del Derecho.
   1. Afirmación y negación de la valiosidad del Derecho. Formas de negación.
   2. Multiplicidad existencial y unidad esencial de los valores jurídicos.

III. Los bienes jurídicos.
   1. Concepto de bienes jurídicos.
   2. Dimensiones formal y material de los bienes jurídicos. Superación de ambas dimensiones en perspectiva fenomenológico-valorativa.
   3. Ambivalencia de la funcionalidad de los bienes jurídicos.
   4. Revisión crítica: el concepto de bien jurídico personal.

2. IDEAS BÁSICAS

1. Ante todo se trata de ofrecer en sede ontológica el concepto de valor en relación con el concepto de bien, la relación entre el concepto de bien y el de valor, entre lo bueno y lo valioso. Así:
   – *el bien, lo bueno ("bonum")* se refiere *en concreto al ser* en cuanto a éste le es propia la *bondad o valiosidad:* lo valioso, lo portador de valores.
   – *valor* significa de *manera abstracta o formal* la bondad, la valiosidad que le es propia al ser en cuanto que bueno. El valor es en el existente la participación del bien, de aquí que *todo acto del existente tenga un valor, sea valioso* en cuanto procura la perfección del existente. La persona, el hombre como único ser existente, puede o no progresar respecto del valor de sus actos y de sus obras según que estos actos se ordenen o no a su perfección verdadera.
   – la *noción de bien hace posible todo juicio de valor* y es ineludible al hombre.
   – el bien considerado tan sólo en relación al sujeto que goza de él, es el *bien subjetivo*, pero como no existe ningún valor en el orden de la existencia que dé a la misma existencia su propia plenitud, el existente debe ordenar

sus actos a un *bien objetivo* (que es objetivo por cuanto se hace objeto de conocimiento por el existente) infinito donde saciar su plenitud de ser y de aquí que sea preciso amar el bien infinito en todos los grados de su participación.

– la *bondad óntica* significa apetibilidad, deseabilidad, apreciación, amabilidad en general, sin que con ello se "ponga" ya la relación a un determinado sujeto del apetecer, querer o amar.

Ergo:

1º El valor incluye expresamente una determinada relación al sujeto, ya que el valor es siempre "valor para algo", esto es, para un sujeto al que lo bueno ofrece un objeto que corresponde al deseo en cuanto fin –o medio para un fin– que corresponde al apetecer de un determinado sujeto.

2º De la bondad óntica no se sigue todavía que todo es bueno para todo y bajo todo respecto, sino que precisa *realizarse* por el sujeto que desea y quiere libremente la bondad para su perfección, ante todo su perfección moral.

3º La relación de bondad y de valor es en el fondo una relación de ser a ser; por eso venimos diciendo que la dualidad sujeto y objeto en el apetecer valioso presupone una previa unidad originaria y necesaria en el ser.

2. Las notas básicas del valor pueden sintetizarse en las que siguen:
   a) valor alude a relevancia, importancia, dignidad, excelencia.
   b) el valor se ofrece al hombre como algo que puede ser admirado, acogido y realizado. Apela al hombre a colaborar con él y convertirlo de posible en real.
   c) el valor juega, respecto al ser, el papel de medida y meta.
   d) el acto de valoración es un acto de participación en la génesis de la realidad o acontecimiento valorado.
   e) los valores surgen en la confluencia dinámica de naturaleza y libertad.
   f) el valor es real y a la par relacional.
   g) el valor se ofrece al hombre como una entidad normativa (en cuanto pide ser realizada y encauzada en la acción) y superobjetiva (en cuanto al tiempo y al espacio empíricos).
   h) el apetito de deseo es el primer detector de lo valioso porque insta al hombre a salir de sí para elevarse a lo mejor de sí mismo. Al desear los valores el hombre está deseando el fundamento absoluto de todo valor: el valor infinito.

   Ergo: el valor viene a ser el medio en el cual el hombre se torna feliz.

3. El valor se muestra al hombre como una *entidad normativa*, de deber-ser que se funda en valores existenciales positivos, que comparecen en obligaciones concretas en las normas y que concretan deberes reales referidos a la voluntad humana para que ésta obre lo debido con vistas a la consecución de los fines

que dan sentido a la existencia humana. Así, el valor se convierte en fin. Ergo: el deber-ser que acompaña a todo valor auténtico es una finalidad que indica la meta u objetivo de nuestros actos, especialmente aquellos que están referidos a nuestra conducta alteritaria y social que es la regulada por el derecho.

4. El *Derecho es valor* porque es vehículo por el que accedemos y garantizamos los valores de nuestra vida.

5. Los *valores jurídicos* presentan en la multiplicidad de su aparición existencial, una unidad esencial. Su pluralidad viene explicada por el hecho de constituirse mediante apreciaciones individuales, expresadas y conformadas a lo largo de la historia. Su unidad esencial viene dada por la unidad real de los objetos jurídicos que los soportan (objetos-bienes, medios-bienes).

6. Los *bienes jurídicos* son aquellos presupuestos que la persona precisa para su autorrealización en la vida social. Todo lo que es digno de ser apetecido y exigido por la naturaleza de la persona, a tales fines, ha de ser considerado como un bien y, en tanto, merece estimación positiva en el plano del ordenamiento jurídico es bien protegido y tutelado por el Derecho: es *bien jurídico*.

3. LECTURAS

1. "En efecto, la actitud de los filósofos clásicos y medievales sobre el valor (aunque, naturalmente, no lo llamaron literalmente por este nombre) es una posición acusadamente objetivista [...]. El valor, es suma, y por sólo aludir a los hitos de esta doctrina, es para Tomás el problema de la jerarquía de bienes que se mueve desde el bien individual, al bien común y de los bienes comunes al bien comunísimo [bien infinito]. En conclusión, el valor es, a lo largo de toda esta etapa, siempre algo *objetivamente apegado al ser*, comprendido bajo la razón de bien y meta de la virtud desde el punto de vista del fin natural [...]. Ya en nuestros días, un grupo de pensadores que se identifican a sí mismos como representantes de una axiología realista (Hugo MÜNSTBERS, William STERS, Friedrich Joachim VON RINTELEN) han llevado a término la tarea. Y, de acuerdo con las últimas perspectivas, podemos decir que sólo se puede comprender correctamente *el valor*, si lo entendemos como *la apreciación individual de la razón de bien que tienen las cosas para el hombre como fin absoluto*.

No es, pues, sólo "apreciación", sino "apreciación de bienes". No es, pues, el valor sólo "razón", sino razón de las cosas". No es, pues, el valor "finalidad indeterminada", sino "fin del hombre". Es estimación desde la perspectiva del hombre: pero apoyada en el ser de las cosas, en el ser del hombre y en la interelación entre ambos seres. Se ha logrado así una comprensión armónica del valor, cuya aplicación al derecho puede ayudar a resolver nuestro problema.

Los *valores jurídicos* presentan, en la multiplicidad de su aparición existencial, una unidad esencial. Su pluralidad viene explicada por el hecho de constituirse mediante apreciaciones individuales. Su unidad esencial viene dada por la bondad real de los objetos jurídicos que los soportan. Esto supuesto podemos decir que el *valor jurídico es una forma ontológica de considerar el derecho*. En efecto, el valor jurídico es el bien jurídico comprendido como fin [...]. El *valor jurídico* es el bien del Derecho estimado como fin: fin alcanzado y, a la par, fin a alcanzar"

PUY MUÑOZ: "Meditación sobre el valor del Derecho" y Santiago de Compostela, 1967-68, *Boletín de la Univ. Compostelana*, núms. 75-76, págs. 203-205).

2. "Esta es la cuestión de fondo. Al tocar con el Derecho, estamos poniendo en juego nuestra vida, y eso es lo que más vale. El Derecho, en última instancia es algo conectado al valor, puesto que es el cauce de nuestra vida, el camino por el que puede ir aumentando el valor de nuestra vida. El Derecho es valor porque es vehículo por el que accedemos a los valores de nuestra vida. Este es el argumento que demuestra el valor del Derecho.

Atención no obstante. Todavía no ha terminado nuestra investigación. Apenas acaba de comenzar, porque este argumento presenta graves dificultades, que necesitan de una explicación.

Las dificultades surgen, en efecto, en cuanto preguntamos por los valores que realiza el Derecho. En cuanto intentamos responder a tal demanda nos encontramos con lo siguiente:

Primero, son muchos los valores que se dice debe perseguir el Derecho.

Segundo, no existe concordancia al tratar de fijar sus contenidos.

Tercero, cada época y aun cada pensador fija distintos complejos de valores jurídicos.

Y *cuarto* estos complejos axiológico-jurídicos son, no pocas veces, estrictamente contradictorios.

Examinemos por separado las cuatro dificultades.

La *primera* de ellas se hace patente con una simple mirada a la historia. A la pregunta por el valor fundamental que debe perseguir el Derecho ha habido respuestas tan heterogéneas como las siguientes, que recordamos a título provisional: el bien (PLATÓN), la justicia, (ARISTÓTELES) el orden (CICERÓN), la paz (SAN AGUSTÍN), el bien común (SANTO TOMÁS), el poder (MAQUIAVELO), la certeza (BACÓN), el bienestar (GIBBON), la seguridad (HOBBES), la igualdad-democracia (ROUSSEAU), la libertad (KANT), la utilidad general (BENTHAM), la generalidad (POLLOCK), la estatalidad (HEGEL), la previsión (COMTE), la solidaridad (DUGUIT)... No es preciso seguir ejemplificando.

La *segunda dificultad* se pone de manifiesto con sólo pensar en la discusión surgida para fijar los contenidos ético-materiales de alguno de ellos por separado o de todos en su conjunto. A propósito del valor «bien común« está hablando sin terminar todo el pensamiento tomista. A propósito del valor «justicia» no acaba de ponerse de acuerdo toda la tradición aristotélica, etc. El gran éxito del kantismo ha estribado en renunciar a esta tarea, y su gran crisis ha sobrevenido al evidenciarse la inconsistencia de esta salida de emergencia, etc.

La *tercera dificultad* queda acreditada con hacerse cargo de los progresos y regresos que la enumeración ejemplificadora realizada más arriba pone de relieve. La filosofía de la historia y el historicismo jurídico han enseñado hasta la saciedad el continuo vaivén que puede observarse en las elecciones que los pueblos y las sociedades hacen de sus «dogmas supremos de convivencia».

También es hoy ya patente la *cuarta dificultad* o sea, el hecho de que valores simultánea y solidariamente postulados se muestran al análisis como lógicamente incompatibles entre sí. Por ejemplo, Gabriel MARCEL ha tenido la paciencia de demostrar que la célebre terna axiológica de la revolución francesa «libertad-igualdad-fraternidad» es una *contradictio in terminis*. Cada uno de los tres valores apunta a objetivos inconciliables, siendo la «igualdad» una exigencia heautocéntrica, la «fraternidad» una exigencia heterocéntrica, y la «libertad» una exigencia centrífuga.

Una *conclusión* desalentadora parece inducirse del examen de estas dificultades. Parece como si hubiéramos de concluir que nuestro argumento contra el escepticismo del valor del de-

recho no probara nada. *Parece como si hubiéramos de concluir que el Derecho carece de un valor absoluto y objetivo porque son relativos y subjetivos los valores que dice querer realizar.*

No debemos, sin embargo, apresurarnos a sacar conclusiones de este tipo, porque serían incorrectas por exceso. ¿Qué es lo que se sigue realmente del examen de las dificultades que acabamos de considerar?

Se deduce simplemente esto: que no hay un «monismo» axiológico-jurídico. Que existe, por el contrario, un «plexo» axiológico-jurídico, como ha dicho Carlos Cossio. Existe una pluralidad de valores jurídicos y esta constatación puede conducir a pensar en su relativismo, pero también puede abrir la puerta a otra inferencia más alentadora. En efecto, el pluralismo de los valores jurídicos nos informa de su riqueza de matices. Mas esto constituye antes un valor que un disvalor del Derecho."

Puy Muñoz: op. cit. págs. 199-201.

3. "En primer lugar, la concepción personal insiste en un concepto de bien jurídico que se pronuncia claramente en el campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado; los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal. Esto indica, ante todo, que la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona. Más allá de esto, este concepto de bien jurídico es siempre algo con más características, como cuando se habla de «unidades funcionales», «creaciones de pensamiento» o «situaciones» [...].

La concepción teórica y el tratamiento práctico de los bienes jurídicos universales es más importante y de actualidad. Con relación a esto, cabe aclarar, en primer lugar, que un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre. Esto significa, por ejemplo, que el bien jurídico de los delitos contra la fe pública no puede ser la seguridad del tráfico jurídico, sino la totalidad de quienes intervienen en este tráfico jurídico y, con ello, de los interesados en la integridad de los instrumentos de prueba, o que el bien jurídico en el derecho ambiental no es el medio ambiente por sí mismo, sino solamente como medio para las necesidades de la salud y la vida del hombre."

Hassemer, Winfred, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", trad. de Patricia S. Ziffer, en *Doctrina Penal*, Eds. Depalma, Buenos Aires, enero-marzo, 1989, nº 45, págs. 282-283.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR

1. **¿Qué relación existe entre "valor" y "deber-ser".**
2. **¿Por qué deber-ser y valor son entidades normativas?**
3. **Reflexione sobre la siguiente afirmación "el valor viene a ser el medio en el cual el hombre se torna feliz". Justifique aceptable o inaceptable esta idea. Proponga otra alternativa.**

5. EJERCICIOS CERRADOS

1. **Enuncie la definición que ofrece Puy Munoz de realismo axiológico.**
2. **Por qué el Derecho es valor según Puy Munoz.**

3. **Exponga la clasificación que de los "valores jurídicos" ofrece MUÑOZ CONDE.**
4. **¿Qué nuevo concepto de "bien jurídico" propone HASSEMER. ¿Cómo lo definiría?**
5. **¿Cuál es la relación entre bondad y valor?**

6. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Relacione las dos posiciones de acento positivista de la categoría de "bienes jurídicos" y conecte ambas posiciones con el *ius puniendi*.**
2. **¿Cuál es el argumento que demuestra el valor del Derecho según PUY PUNOZ?**
3. **A la pregunta qué valores fundamentales realiza el Derecho, exponga los que desde el punto de vista histórico ofrece PUY MUÑOZ en la lectura 2.**
4. **¿Por qué cree Vd. que no existe concordancia a la hora de fijar los contenidos de los valores que debe perseguir el Derecho?**
5. **¿La dualidad sujeto y objeto en el apatecer valioso qué presupone? Justifique su respuesta.**

TEMA XXXVI

La estimativa jurídica antes de la constitución de 1978

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Panorama general de la estimativa jurídica.
   1. Introducción.
   2. Justificación y necesidad de la estimativa jurídica en el clima jurídico-cultural de principio y fin del siglo XX.

II. La estimativa jurídica antes de la Constitución de 1978.
   1. Recepción de la teoría de los valores en la doctrina iusfilosófica española: la nueva estimativa jurídica.
   2. Axiología y orden del Derecho.
   3. Elaboración y sistematización de la estimativa jurídica.
   4. ¿Derecho natural o axiología jurídica?

2. IDEAS BÁSICAS

1. La relevancia de la estimativa o axiología en el orden del Derecho, salvo contadas excepciones, no se produce en España hasta después de la entrada de la vigente Constitución. A partir de ese momento, la cuestión de los valores cobra un inusitado auge gracias al interés mostrado por juristas de todos los sectores y ramas del derecho. Sin embargo, antes de que nuestra Constitución positivara los "valores superiores del ordenamiento", prestigiosos iusfilósofos habían desarrollado y elaborado concepciones muy acabadas de estimativa jurídica, entendiendo a ésta como parte fundamental de la Filosofía del Derecho. Hay, pues, un *antes* y un *después* de la Constitución en materia de estimativa jurídica.

2. Las construcciones teóricas de estimativa jurídica antes de la Constitución de 1978 son herederas de la "filosofía de los valores" nacida en Alemania; para comprender en toda su amplitud su nacimiento, necesidad y justificación es preciso conocer el clima jurídico-cultural en el que se desarrollan y formulan tales construcciones a lo largo de los setenta primeros años del siglo XXI, ya que en ese clima se encuentran las claves para comprender esta nueva manifestación del pensamiento jurídico que conlleva la estimativa. Dichas claves pueden ser resumidas así:

a) El clima cultural del hombre actual está marcado por el dominio de la *razón instrumental* y la consagración del *éxito* como medida de valor. Así, la razón instrumental prevalece sobre la razón comprensiva y sobre la

ponderación seria de los valores, produciendo un relativismo y un escepticismo creciente.

b) Un clima cultural análogo propicia el nacimiento de la axiología. Esta surge frente a un pensamiento filosófico-jurídico dominado por el escepticismo, el relativismo, el positivismo y el formalismo. Si la filosofía y la teoría de los valores no tuviere otre mérito, éste sería el de haber puesto al descubierto el frío *formalismo kantiano* y la *estrechez de miras del positivismo* y del *iusnaturalismo "encubierto"* que descartaban por imposible o dejaban en manos de ideólogos o de "ingenuos" las cuestiones valorativas del Derecho.

3. En la primera mitad del siglo XX el auge del positivismo, el normativismo kelseniano, el realismo normativista de Ross y Olivecrona, la perspectiva formal y el enfoque empírico que desemboca en el análisis del lenguaje no dejaba muchas posibilidades a la estimativa jurídica y quienes se atrevieron a hablar de ella y a desarrollarla constituyen casos excepcionales y por ello, puntos de referencia imprescindibles para nosotros. Iusfilósofos como García Maynez, Recasens Siches y Rodríguez Paniagua son ejemplo de casos magistrales excepcionales.

4. La tesis central del mejicano García Maynez consiste en afirmar que todo orden normativo concreto consiste en la subordinación de la conducta a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite la realización de valores. El derecho es un orden de finalidad dirigido a realizar tres clases de calores: a) fundamentales (justicia, seguridad jurídica y bien común); b) consecutivos (libertad, igualdad y paz social); y c) instrumentales (garantías constitucionales y, en general, todas las garantías de procedimiento en tanto son medios para la realización de valores jurídicos fundamentales y consecutivos).

5. La elaboración de una estimativa jurídica mas acabada corresponde al español autoexiliado y afincado en Méjico, Luis Recasens Siches. *Los valores son esencias ideales con validez objetiva y necesaria;* los conocemos a través de una *intuición especial* para ser realizados en la conducta y acción del hombre; tienen una *objetividad relacional* en el contexto de la vida humana (Ortega) y son por ello el *"foco valorativo"* hacia el que *debe orientarse el Derecho* del cual el valor fundamental es *la justicia.*

6. La estimativa jurídica en la obra del maestro complutense José Mª Rodríguez Paniagua, pasa por dos fases: a) En la primera su intención va dirigida a buscar los presupuestos y funciones de una axiología jurídica que queda plasmada en su obra "¿Derecho natural o axiología jurídica?" (1981). Aquí la *axiología jurídica* es definida como el *estudio o tratamiento de los valores o bienes o fines del Derecho*, en donde es perfectamente viable la comprensión del *Derecho natural* (en sentido amplio) como una *doctrina axiológica del Derecho"*, o doctrina sobre el deber ser del Derecho. Y, b) en la segunda fase ofrece ya una visión más crítica respecto a la primera recogida en su obra posterior titulada *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho* (1983), en donde corrige y des-

miente algunas de las cuestiones planteadas en su primera fase (vid. lectura nº 3), y que nosotros no tuvimos en cuenta a la hora de elaborar el Manual de Filosofía del Derecho. Se trata ahora de afirmar que la ética no puede, como ha prentendido el Derecho natural, determinar directamente el contenido del Derecho y tan sólo puede *señalar los valores o ideales* a que se orienta el Derecho y tratar de establecer la relación en que se encuentran los valores jurídicos con los otros valores.

3. LECTURAS

1. "Si los valores sólo tienen sentido para el hombre, y ser hombre depende de la posesión de ciertos atributos condicionantes de la pertenencia a una especie homogénea, la *naturaleza humana* tendrá que constituir, al menos en sus aspectos esenciales, el fundamento objetivo de lo valioso. Por ello creemos que la solución de los grandes problemas estimativos deberá esperarse de los progresos de la antropología filosófica, y que el camino indicado para llegar a esa solución es el que hace veinticuatro siglos señaló ARISTÓTELES en sus libros éticos.

En lo que atañe, especialmente, al problema de los valores jurídicos, que es el que nos interesa aquí, hay que percatarse de un hecho indiscutible: la llamada *absoluta pretensión de validez* de los ordenamientos legales presupone dos cosas: a) por un lado, que cada uno de ellos se basa en un *trasfondo axiológico* y en una *idea del Derecho* en buena parte determinantes del contenido de sus normas: b) por otro lado, que –independientemente del mayor o menor valor de éstas, la índole misma de la regulación jurídica y, sobre todo su *carácter coercible*, implican la necesidad –para los órganos del poder público– de sostener que la fuerza obligatoria de los ordenamientos vigentes no depende en ningún caso del parecer de los particulares sobre la validez o carencia de validez intrínsecas de esos ordenamientos. Por la lógica interna de su propia posición, la actitud de tales órganos ante el problema de la obligatoriedad del Derecho creado o reconocido por ellos pretende ser objetivista, lo cual, claro está, no significa que tales órganos sean infalibles, ni que el Derecho positivo sea siempre justo, sino que a sus creadores y aplicadores no les es posible poner en tela de juicio la validez del Derecho estatal ni, menos aún, hacer depender la fuerza obligatoria de éste de la opinión de sus destinatarios [...].

Nuestro estudio de los valores del Derecho tendrá como base la clasificación siguiente:

a) Valores jurídicos fundamentales.

b) Valores jurídicos consecutivos.

c) Valores jurídicos instrumentales.

Tienen el rango de *fundamentales*: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Les damos tal nombre porque de ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino. Allí donde los mandatos de los detentadores del poder no persiguen como fin la implantación de un orden justo, respetuoso de la dignidad humana, exento de arbitrariedad y eficazmente encaminado hacia el bien común, en los destinatarios de esos mandatos surge a la postre el convencimiento de que se hallan sometidos a la fuerza, no al Derecho.

Con el término *valores jurídicos consecutivos* queremos referirnos a los que son consecuencia inmediata de la *armónica realización* de los fundamentales. Los más importantes entre aquéllos –aunque no los únicos– son la libertad, la igualdad y la paz social.

La designación *de instrumentales*, por último, es aplicada por nosotros a los valores que corresponden a cualquier medio de realización de los de carácter fundamental y de los consecutivos. Se trata, para expresarlo con una sola palabra, de los que los juristas germánicos incluyen en el término *Zweckmässigkeit*, que hemos traducido por *adecuación final o teleológi-*

ca. Las llamadas garantías constitucionles y, en general, todas las de procedimiento, valen instrumentalmente en la medida en que fungen como medios de realización de valores de cualquiera de las otras dos especies".

E. GARCIA MAYNEZ: *Filosofía del Derecho*, 5ª ed. revisada, Ed. Porrúa, S.A., México, 1986, págs. 437-439.

2. a) Así pues, en la misma existencia del Derecho positivo hallamos una especie de flecha orientadora que señala hacia unos criterios estimativos; hallamos el testimonio de una referencia a ideas de valor. En resumen, se puede afirmar categóricamente que hay criterios de valor para orientar –y consiguientemente para enjuiciar– el Derecho positivo, porque de lo contrario no podría existir la realidad de éste. Ahora bien, como es notorio que en el mundo hay Derecho positivo, de aquí hemos de concluir necesariamente que hay también criterios estimativos para lo jurídico. Con esto queda plenamente justificado el tema de la investigación sobre las normas metapositivas para el enjuiciamiento sobre el Derecho positivo y para la orientación en la progresiva reelaboración del mismo.

Es posible llegar a idéntica conclusión por otra vía. En toda norma jurídica positiva –como en toda noma de cualquier clase que sea– descubrimos una estructura de finalidad: se propone, mediante la conducta que ordena, realizar un determinado fin. Ahora bien, para proponernos algo como fin, precisa que ese algo nos aparezca como valioso desde un cierto punto de vista. Con esto descubrimos la mención o referencia intencional de cada precepto jurídico a la realización de una finalidad reputada como valiosa. Si en nuestra conciencia borramos la función estimativa, desaparece también la posibilidad de toda apreciación de finalidad.

Pero, además, debo añadir otra consideración. El fin concreto que persigue cada precepto jurídico o cada institución, de ordinario aparece como algo limitado e hipotético, es decir, como algo que representa a su vez un medio para conseguir otro fin; y de nuevo ocurre lo mismo con este otro fin; y así sucesivamente. Ahora bien, este proceso de ir inquiriendo la concatenación de los fines de las diversas normas jurídicas positivas nos conducirá por necesidad a un momento en que tengamos que preguntarnos por el fin del Derecho en su totalidad, o lo que es lo mismo, por el fin último o supremo de lo jurídico. Y esta es precisamente la cuestión fundamental de la Estimativa Jurídica.

Así pues, en suma, si eliminásemos esa referencia a los criterios estimativos del Derecho, el mismo Derecho positivo nos aparecería como imposible; y quedaría reducido a un puro fenómeno de fuerza bruta, análogo a los fenómenos de la naturaleza, con lo cual se habría evaporado por completo su esencia jurídica, es decir, lo que el Derecho tiene de Derecho.

El hombre no puede elaborar Derecho de un modo puramente caprichoso, de una manera puramente fortuita, en forma meramente causal, de acuerdo con el humor que tenga. Por el contrario, la elaboración de Derecho está fundada en juicios de valor. Estos juicios, como he advertido ya, podrán unas veces ser correctos y otras no, o más o menos correctos. Pero la valoración de acuerdo con unas determinadas medidas es un ingrediente intrínseco de toda norma jurídica. Ni siquiera es posible entender el Derecho como Derecho, como no sea a condición de que lo comprendamos como algo que tiene un sentido ético, como algo que está fundado en estimaciones éticas.

Con todo lo expuesto hasta ahora, me he limitado a justificar el tema de la valoración jurídica con argumentos de absoluto rigor.

L. RECASENS SICHES: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Ed. Porrúa, S.A. México, 1986, p. 381.

b) Con lo expuesto, he justificado la necesidad de elaborar una Estimativa Jurídica, inspirada en la doctrina de los valores. Sus tareas principales serán:

En *primer lugar*, determinar los valores supremos que en todo caso deben inspirar al Derecho, los valores que dan lugar a normas ideales de carácter general, aplicables a todo caso y situación. Entre estas ideas, por ejemplo, figurará sin duda la de la *dignidad moral del hombre*, es decir, el principio de que el individuo humano tiene un fin propio que cumplir, fin intransferible, privativo –debiendo, por tanto, ser tratado siempre en calidad de persona digna–; y los corolarios que de ello manan, es decir, el principio de la *libertad como esfera de autonomía* para decidir sobre el cumplimiento de la misión o tarea individual en la vida, así como el principio de la *paridad fundamental* ante el Derecho..

En *segundo lugar*, averiguar qué otros valores pueden y deben normar la elaboración del Derecho en determinados casos, y supuestas unas ciertas condiciones: y esclarecer los nexos de esos valores con los primeros. Valgan como ejemplos de esos valores: los de carácter económico –en la medida en que bajo determinadas condiciones y sobre ciertos supuestos, el ordenamiento jurídico pueda y deba fomentar la prosperidad material–; los científicos –en tanto que, verbigracia, una ley de sanidad debe inspirarse en los resultados de la Medicina–; los técnicos –que vendrán en cuestión para contribuir a la orientación de una ley de obras públicas–; los pedagógicos –para inspirar una ley de instrucción y educación públicas–; los estéticos –para una ley de ornato urbano o para una ley de conservación del patrimonio artístico–; etc.

En *tercer lugar*, se deberá esclarecer qué valores, a pesar de serlo y aun de ocupar un alto rango en la jerarquía axiológica, en ningún caso ni de ninguna manera pueden ser transcritos en las normas jurídicas: como por ejemplo, los valores de santidad, los relativos a la fe religiosa, los cuales, aun representando elevadas cimas, no cabe traducirlos en normas de Derecho, porque sólo pueden obtener cumplimiento por libre decisión de la persona y, jamás por imposición; y, además, porque si se intentara –aparte del absurdo que ello entrañaría– constituiría un máximo agravio a la libertad que es solidaria de la dignidad moral del hombre.

En *cuarto lugar*, habrá que inquirir las leyes de la relación, combinación e interferencia de las valoraciones que confluyen en cada uno de los tipos de situaciones sociales.

En *quinto lugar*, estudiar las leyes de realización de los valores jurídicos. Y, por fin, además, una serie de cuestiones solidarias y adyacentes de las mencionadas.

Este es el programa que esbozo para las futuras tareas de la Estimativa Jurídica. Creo haber conseguido algo con haber logrado sobre este tema una claridad de ideas que hasta ahora no había sido lograda.

L. RECASENS SICHES: op. cit. págs. 494-495.

3. Resulta, por consiguiente, un sin sentido tratar de establecer a base de la ética un sistema de Derecho, como en menor o mayor medida pretendió el Derecho natural. La ética no puede determinar directamente el contenido del Derecho. Lo único que puede hacer, en concreto, la que aquí estamos considerando, es señalar los valores o ideales a que se orienta el Derecho y tratar de establecer la relación en que se encuentran los valores jurídicos con los otros valores. Parece que todo esto se expresa mejor con el término "axiología", al mismo tiempo que se evitan los equívocos que se han provocado por hablar de ética con respecto al Derecho y por el modo como han sido entendidas las relaciones entre ambos. Por lo demás, pensamos que para señalar el orden de preferencia que se ha de dar a los valores jurídicos, tanto en sí como respecto a su realización, entran en juego los criterios de la altura y de la fuerza o urgencia del valor, para constituir la base de una axiología jurídica. Aun cuando ésta no puede pasar de ser una orientación, un marco donde encuadrar y apoyar las diversas valoraciones concretas, más o menos personales, que inevitablemente habrá que hacer en cualquier acto de decisión jurídica, tanto por vía legislativa como por vía de aplicación del Dere-

cho. Para realizar estas valoraciones nos podemos apoyar en diversos criterios, entre otros, en los propuestos por el utilitarismo, para el cálculo del placer o de la felicidad.

No se puede desdeñar, pues, la importancia de esta axiología, porque la valoración, la decisión o toma de postura sobre valores es imprescindible y decisiva en el campo de la determinación del contenido del Derecho; y el que no pueda resolver todas las valoraciones y decisiones no quiere decir que no pueda resolver ninguna. Tampoco se la puede dejar de lado pretextando su falta de rigor científico: en definitiva, esto equivaldría a dejar esa valoración simplemente en manos de los políticos, del juez o funcionario que tiene que aplicar el Derecho, o de las multitudes, cuyos gustos o preferencias se convertirían, sin ningún criterio u orientación previos, en árbitros únicos de la valoración jurídica; no parece que se ganara mucho con eso. Por lo demás, rechazar todo valor de conocimiento objetivo, fiable, de la axiología, por el hecho de no coincidir con el patrón del conocimiento empírico característico de las ciencias propiamente dichas, sería un prejuicio positivista, que debería él mismo ser justificado. De hecho, los criterios propuestos por la filosofía de los valores, para orientar la valoración o toma de postura valorativa, hemos visto que se presentan con suficiente evidencia como para que nos podamos fiar y servir de ellos, como cuando en la vida ordinaria nos fiamos y nos servimos de conocimientos que se nos presentan con una evidencia semejante, aunque no sean propiamente científicos, e incluso tal vez podamos afirmar, al menos hasta cierto punto, su carácter "científico", de acuerdo a cánones o criterios actuales. En todo caso, desde el punto de vista de la axiología jurídica, basta con que se compruebe que esos criterios son universalmente aceptados como válidos por la generalidad de los miembros de la sociedad que son capaces de pensar sobre ellos, para que puedan y deban ser aceptados como pauta, como orientación para la valoración jurídica; porque ¿qué otra instancia superior podría invocarse contra ellos?

J.Mª. Rodríguez Paniagua: *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho*, V.C.M. Facultad de Derecho. Madrid, 1988, págs. 130-131.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR

1. **Contraste y extraiga las diferencias de posición que sobre la estimativa jurídica realiza Rodríguez Paniagua** (*vid.* Manual págs. 365-366 y Lectura nº 3 del presente tema práctico).

5. EJERCICIOS CERRADOS

1. **El rasgo central del Derecho como objeto de estudio científico es para el normativismo kelseniano:**

   a) La legitimidad
   b) La limitación del poder
   c) La vigencia
   d) La norma

2. **Para el iusnaturalismo lo que concede juridicidad a la norma es:**

   a) La legalidad
   b) La separación de poderes
   c) La moralidad
   d) El valor material que protege

3. **Indique en qué contradicción cae el iuspositivismo cuando afirma que únicamente el Derecho formalmente válido es obligatorio y como tal ha de ser obedecido.**

4. **Exponga por qué el iusnaturalismo racionalista acaba siendo legalista.**

5. **Señale los dos claros efectos, político y pragmático en que incurre el legalismo.**

6. **¿Qué busta la reflexión ética apoyada en la fenomenología a finales del s. XIX y principios del s. XX?**

7. **De la siguiente relación señale qué iusfilósofos son herederos en sus concepciones estimativo-jurídicas de la filosofía de los valores.**

   a) García Maynez
   b) Puy Puñoz
   c) Peces-Barba
   d) Recasens Siches
   e) Rodríguez Paniagua
   f) Corts Grau.

8. **De la siguiente relación señale qué iusfilósofos representan, en sus concepciones estimativo-jurídicas un alejamiento de la filosofía de los valores.**

   a) Rodríguez Paniagua
   b) Sánchez de la Torre
   c) Puy Muñoz
   d) Corts Grau
   e) Cossio
   f) Bonilla.

9. **Para García Maynez el Derecho es:**

   a) Un orden de eficacia
   b) Un orden basado en la fuerza
   c) Un conjunto de normas
   d) Un orden de finalidad fundamentado en valores.

10. **Indique el orden de valores que según García Maynez ha de buscar el Derecho.**

    a) Fundamentales, consecutivos y vitales
    b) La paz social y la justicia
    c) Fundamentales, consecutivos e instrumentales

11. **Indique qué valores son para García Maynez "fundamentales".**

12. **Justifique por qué para Recasens Siches los valores constituyen esencias de validez absoluta intravitales.**

13. **En su primera concepción desarrollada en la obra "Derecho Natural o Axiología Jurídica" ¿Cómo define Rodríguez Paniagua a la axiología jurídica?**

6. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Con apoyo en la lectura 2.b indique las tareas principales que asigna a la estimativa jurídica RECASENS SICHES. ¿Qué valoración crítica le merecen las citadas tareas?**
2. **Con apoyo en la lectura 1, comente y valore el texto de GARCÍA MAYNEZ.**

TEMA XXXVII

EL PROCESO HISTÓRICO DE CONCRECIÓN DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Presupuestos de los que partimos.
II. El fundamento de racionalidad material de los valores constitucionales y el principio de la dignidad humana.
  1. El fundamento de racionalidad material de los valores constitucionales.
  2. El principio de la dignidad humana como fundamento del orden dogmático-constitucional.
III. El proceso histórico de concreción de los valores constitucionales.
  1. Estado constitucional y concreción de los valores: hitos históricos.
    A) La raíz histórica real del estado constitucional y de los valores y derechos fundamentales en sentido material.
    B) Estado constitucional, valores y derechos humanos en sentido formal.
  2. Consecuencias teórico-prácticas.

2. IDEAS BÁSICAS

1. La tarea de fundamentación de los "valores constitucionales" incumbe a todo jurista que sea capaz de entender y ver en la Ley, en el Derecho, en la Constitución *una cierta medida de rectitud* dirigida a nuestra conducta social o individual. Medida de rectitud, deber ser, orientado no ya a la aplicación e interpretación de la norma, sino al momento anterior de la legislación, previo a la creación de la Ley, única vía para que hagamos un Derecho crítico, porque respetar la positividad de la norma no comporta la necesidad de eximir a su fundamento el obligado enjuiciamiento filosófico, dogmático, al que la norma debe quedar sometida. Justificar el fundamento de los valores es fortalecer, además, su juridicidad y su eficacia.

2. El orden jurídico y el orden político-constitucional *valen* en tanto en cuanto pueden ser fundados en consideraciones *racionales materiales*. Es esta racionalidad material la que impulsa la historia del hombre y la que ha permitido el nacimiento del actual estado constitucional. El Estado, la constitucional, los derechos y libertades fundamentales, las instituciones y poderes ahí reconocidos y estructurados sólo pueden ser comprendidos si se conocen las razones materiales o de contenido que los han hecho posibles y que, como tales, dotan de *legitimidad al sistema jurídico-político*. El problema de la legitimidad no es otro hoy que el problema de la justificación material-racional del Estado, del Derecho y

de su norma de normas que es la Constitución. La mejor fórmula para expresar el principio general que subyace a esa racionalidad material que dota de legitimidad al sistema puede condensarse en el principio del realismo político-jurídico (KRIELE) que puede concretarse en la breve pero significativa fórmula: "lo más importante ha de preceder a lo menos importante"; siempre habrá de preceder el bien o bienes, el valor o valores más relevantes cuyo reconocimiento, garantía y satisfacción son condición necesaria –material– para el reconocimiento, garantía, satisfacción de otros bienes o valores.

3. El Estado constitucional, social y democrático de Derecho que hoy propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político es el resultado de concretas situaciones históricas que han significado un desafío a la razón humana para que ésta pueda ofrecer las respuestas que convienen a lo más valioso que hay en el hombre: a su *dignidad* que para la doctrina mayoritaria es el valor jurídico supremo del orden constitucional y el fundamento de la paz social.

4. A pesar de ser el valor jurídico supremo del orden constitucional, la dignidad humana en nuestra Constitución ha sido devaluada, se ha *desvanecido*. Teoría que, por contraste con la Constitución alemana, mantiene RODRÍGUEZ PANIAGUA, y que compartimos, y ello a pesar de que el tipo de Estado social y democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución no tiene otra finalidad que la de preservar a la persona y a su valor máximo, la dignidad, garantizando sus derechos inalienables. La última conexión entre la dignidad de la persona con los valores constitucionales, su sentido y alcance prioritarios son clave, núcleo fundamental de nuestro sistema constitucional actual al que hemos arribado a través de un largo proceso histórico de concreción de los actuales derechos fundamentales, cuyos hitos históricos fundamentales y sus consecuencias prácticas son analizadas en el epígrafe III.

3. LECTURAS

1. "Pocas dudas pueden caber de que este párrafo de nuestra Constitución esta inspirado en la LFA (Ley Fundamental Alemana). Los parrafos de ésta que hacen al caso son los siguientes: artículo 1º, 1 , «La dignidad del hombre es intangible» artículo 1º, 2, «El pueblo alemán, por tanto, proclama los derechos del hombre, inviolables e inalienables, como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo» artículo 2º, 1 , «Todos tenemos derecho al libre desarrollo de nuestra personalidad, en cuanto no lesione los derechos de los demás y no vaya contra el orden constitucional o la ley moral». El párrafo aludido de la Constitución española dice: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Queda, pues, condensado en un párrafo lo que en la LFA estaba distribuido en tres. Pero, naturalmente, esa condensación no se produce sin consecuencias. Por lo pronto, en la LFA, al haber tres proposiciones distintas, había tres predicados o atributos diferentes. En la CE los tres sujetos de esas tres proposiciones (dignidad de la persona, derechos humanos y libre desarrollo de la personalidad) están referidos a un solo atributo o predicado: «son fundamento del

orden político y de la paz social». Con esto el papel que jugaba el concepto de dignidad de la persona, el de ser fundamento de los derechos humanos, se ha desvanecido: aparece al mismo nivel que ellos y que uno de ellos en particular (el del libre desarrollo de la personalidad). Por si era poco, todavía se añade un cuarto sujeto (que se conecta también con el mismo atributo): «el respeto a la ley y a los derechos de los demás».

Como consecuencia de todo esto, la fundamentación ética o moral de los derechos humanos pierde relieve, se destaca mucho menos. En la LFA esa fundamentación ética está representada ante todo por el concepto de la dignidad del hombre, que indudablemente hay que conectar con el cristianismo y con la doctrina de KANT, que explica ese concepto por el carácter, por la cualidad de ser moral de la persona humana. Pero en la CE ese concepto de la dignidad de la persona humana aparece como un elemento más dentro de una enumeración, de una serie de sujetos: aunque no sea más que por eso, se puede decir ya que pierde relieve.

[...] Pero de todos modos parece que se puede afirmar que la fundamentación moral de los derechos humanos no tiene en la CE toda la relevancia que debería tener, y que de hecho tiene en otros documentos constitucionales. Decimos que no tiene toda la relevancia que debería tener, porque, si los derechos humanos se proclaman fundamento del orden político y de la paz social, debería quedar bien claro cuál es su sentido y a qué deben ellos mismos su consistencia. Al Derecho positivo no se la pueden deber, ya que él mismo deriva del orden político: por tanto, no puede ser él el fundamento de su fundamento (los derechos humanos). Lo mismo hay que decir del consenso o consentimiento mayoritario. Este puede ser el procedimiento mejor, o el menos malo, para la decisión política, o para cualquier otra que requiera una disciplina y una organización colectiva o coordinada de la conducta de diversos hombres. Pero los derechos humanos se refieren ante todo a la persona, protegen su dignidad y libertad personal; si su fundamento se redujera a la aceptación de la convicción mayoritaria, perderían su sentido; aparte de que en todo caso se habría de preguntar por las bases o motivos de esa convicción: no parece que cualquier motivo sea válido, con tal de que la decisión sea mayoritaria. Además ese consenso o consentimiento general es equivalente a la paz social o la supone: no pueden, pues, basarse en eso los derechos humanos, según la CE, puesto que para ésta son ellos el fundamento de la paz social. No parece que se pueda eludir, si prescindimos de la religiosa, la fundamentación racional o filosófica de los derechos humanos. Y esta fundamentación racional o filosófica indudablemente habrá de tener un sentido ético, entendido con mayor o menor amplitud, puesto que se refiere a un tema ético, a una cuestión ética."

J.Mª RODRÍGUEZ PANIAGUA: *Lecciones de Derecho natural como Introducción al Derecho"*, J.C.M., Facultad de Derecho, Madrid 1988, 205-207.

2. "El art. 1.1 G.G. no contiene una mera declaración ética; se trata más bien de una norma de Derecho objetivo. El alcance jurídico del compromiso que expresa para los poderes públicos se ve reforzado por el art. 79.3 GG; una norma que ni siquiera un legislador facultado para reformar la Constitución podría modificar, no es interpretable como un mero enunciado programático de principios éticamente deseables. Ciertamente que la dignidad humana es originariamente un valor moral. Lo que sucede es que su acogida con carácter de mandato constitucional en la Ley Fundamental implica su aceptación como valor jurídico, es decir, como norma jurídico-positiva. En cualquier caso, el Estado se halla jurídicamente obligado a preservar la dignidad humana y a protegerla en el marco de sus posibilidades. Las competencias del Estado resultan limitadas, en la medida en que con el mandato de respeto a la dignidad se establece una barrera absoluta a toda acción del Estado. A la vez aumentan las obligaciones de éste, toda vez que debe proteger tal valor, es decir, debe acudir en ayuda de cualquier persona cuya dignidad resulte amenazada –con independencia del origen público o privado de los peligros–. Respeto y protección de la dignidad son directrices vinculantes para toda la ac-

tividad del Estado [...]. El art. 1.1 GG establece, en consecuencia, un derecho fundamental defendible a través del *recurso de amparo* (STC alemán 61, 126 (137).

E. BENDA: *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP y Marcial Pons Eds., Edición, prolegómenos y traduce. de A. LÓPEZ PINA, Madrid 1996, Cap. IV, págs. 120-121).

3. "En las declaraciones americanas se positivizan los principios esenciales de la ideología iusnaturalista de signo individualista y liberal. La Sección 1, de la de Virginia, proclama: "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad". En la afirmación del derecho de libertad tuvo especial relevancia la defensa de la libertad religiosa. Es sabido cómo para JELLINEK, en su ya clásico trabajo *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte* la libertad religiosa representó el germen de la lucha por todos los demas derechos fundamentales de libertad. Para otros, entre quienes sin duda debe citarse el nombre de Karl MARX como más representativo sería la exigencia de garantizar la propiedad privada de los medios de producción y con ello la estructura económica capitalista, el auténtico fundamento de estas libertades producto de la ideología de la burguesía liberal. Si bien ambas posturas no son excluyentes, pues cada una de ellas desde su respectivo nivel explicativo contribuyen certeramente a revelar la clave histórica del desarrollo de los derechos fundamentales en el Estado moderno. Ya que son notorias la conexiones evidenciadas por Max WEBER entre la ética individualista protestante y el espíritu del capitalismo.

Tampoco debe considerarse irreductible la notoria polémica doctrina suscitada entre JELLINEK y BOUTMY en torno a los motivos inspiradores de la *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* adoptada por la Asamblea Nacional francesa constituyente el 26 de agosto de 1789, sin duda alguna, uno de los hitos más importantes en la historia de la positivación de los derechos fundamentales. En opinión de JELLINEK la Declaración francesa fue hija de la influencia de las declaraciones americanas y de modo especial de la de Virginia con la que realiza un cotejo del que concluye el estrecho parentesco existente entre ambas. Para JELLINEK el pensamiento de ROUSSEAU difícilmente podía ser una fuente válida para la Declaración francesa al entrañar una exaltación de arbitrio de la voluntad general que está en abierta contradicción con el espíritu liberal y la intangibilidad de los derechos naturales proclamados en ella.

Frente a esta postura, BOUTMY mantuvo la tesis de que la Declaración francesa, al igual que las americanas es fruto del movimiento de los espíritus que se produce en el siglo XVIII y en el que el pensamiento de LOCKE, MONTESQUIEU, VOLTAIRE y ROUSSEAU ejerce un papel decisivo.

Ambas tesis pueden estimarse compatibles siempre que no se separe unilateralmente la historia de las ideas de la historia de las instituciones, ya que ésta fue quizás la causa motivadora de la polémica. No puede dejar de conocerse que la propuesta de promulgar una declaración de derechos fue alzada en Francia por LAFAYETTE que había participado activamente en la lucha por la independencia norteamericana y que presentó por sí mismo un proyecto preliminar; ni pueden desconocerse las afinidades entre los textos americanos y el francés. Desde el punto de vista técnico-jurídico, los constituyentes de 1789 tienen siempre presentes las declaraciones americanas, tal como evidencia en los trabajos previos recogidos en los *cahiers;* y el propio sistema normal de positivación, no cabe duda de que está inspirado en ellas, del mismo modo que los documentos americanos tuvieron presente la tradición de los *Ills of Rights* ingleses. Ahora bien, tampoco puede negarse la impronta del iusnaturalismo racionalista en todas las declaraciones de derechos del XVIII, ya que esta doctrina constituía una especie de moneda común intelectual del periodo que no podía dejar de manifestarse en sus instituciones. Es evidente que sobre di-

versos artículos de la Declaración de 1789 gravitan las ideas filosóficas del siglo. Así, cuando el artículo 2 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano considera como derechos naturales e inprescindibles y fundamentadores de toda asociación política la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, es cierto que reproduce la Sección 1 de las declaraciones de Virginia y Massachusetts, pero no debe olvidarse que éstas, a su vez, no hacían si no dar forma positiva a la doctrina de PUFENDORF y LOCKE.

La definición de la libertad que se contiene en el artículo 4 de la Declaración francesa está claramente inspirada en MONTESQUIEU; y en ese mismo autor debe buscarse la fuente del artículo 16, en el que se establece el principio de la comparación de poderes y la garantía de los derechos como fines de la Constitución. De otro lado, es también innegable el influjo de ROUSSEAU en la definición de la ley como expresión de la *volonté générale*, según se desprende del artículo 6.

Por ello una dirección hermenéutica que parte de DEL VECCHIO concibe las declaraciones como un producto histórico en el que resulta tan erroneo ignorar las relaciones entre los diversos instrumentos de positivacion de la época, como lo es prescindir del substrato ideológico que propició el clima en que se gestaron. En todo caso las declaraciones constituyen una respuesta histórica a unos problemas concretos y es vano el intento de sustraerse a la historia cuando la investigación de los *cahiers de doléances*, los textos preparatorios, las discusiones que acompañan al famoso documento comprueban la circunstancialidad de la vida francesa que condujo a la revolución. Se trata, en última instancia, de la lucha de una sociedad que con la ruptura de las estructuras feudales busca unas estructuras políticas adecuadas al funcionamiento de una economía más libre basada en el desarrollo de la industria y el comercio. De ahí la importancia otorgada al derecho de propiedad como fundamento de la seguridad individual del hombre burgués.

Esa radical historicidad de la Declaración francesa en 1789 explica su propia trascendencia en el momento de su promulgación, ya que en su época supuso un modelo de libertad para todos los pueblos de Europa que aún se hallaban sujetos al absolutismo. En nuestra Constitución de Cadiz de 1812, en la belga de 1831, así como en las cartas constitucionales de los Estados alemanes e italianos de la Restauración se manifiestan con claridad sus principales postulados.

Las declaraciones de derechos se incorporan como se ha apuntado anteriormente, a la historia del constitucionalismo. En Francia, la Declaración de 1789 formó parte, encabezándola, de la primera Constitución revolucionaria de 3 de septiembre de 1791, llamada por su inspiración "girondina". La Constitución "jacobina" de 1793, que nunca llegó a tener vigencia, iba también precedida de una Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano muy importante por su contenido democrático, cómo también la Constitución de la Convención de 1795. La Constitución de junio de 1814 promulgada por Luis XVIII refleja la orientación conservadora que la monarquía restaurada borbónica tendía a dar a la vida política francesa. Sin embargo, este texto posee notable interés, desde el punto de vista de la positivación, porque en él, por vez primera, las disposiciones referentes a los derechos fundamentales se hallan recogidas en el propio articulado constitucional, con lo que se perfila con rasgos más concretos su status jurídico positivo, a la vez que pierden su carácter supraestatal y los derechos naturales del hombre pasan a ser derechos públicos de los ciudadanos (*droits publics des français*, arts. 1-12).

A partir de entonces se inicia un proceso de progresiva relativización del contenido iusnaturalista de los derechos fundamentales, los cuales pasan a encuadrarse en el sistema de relaciones jurídico-positivas entre el Estado, en cuanto persona jurídica y los sujetos privados que la dogmática alemana del Derecho Público estudiará bajó el epígrafe de los derechos públicos subjetivos».

A.E. PEREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª ed. Ed. Tecnos, Madrid 1999, págs. 117-119).

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR

1. Del contenido del tema objeto de esta clase práctica y de la lectura atenta propuesto en el texto de la lectura 3 del prof. PÉREZ LUÑO, reflexione en torno a las siguientes cuestiones:
   a) **¿En donde reside el fundamento de la libertad que proclama la sección I de la Declaración de Virginia?**
   b) **¿Qué motivaciones inspiran, según JELLINEK y BOUTMY, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, adoptado por la Asamblea Nacional francesa constituyente el día 26 de agosto de 1789?**
   c) **¿Son conciliables, según PÉREZ LUÑO, LOS DUALISMOS QUE SE MUESTRAN EN RELACIÓN CON LAS DOS PREGUNTAS ANTERIORES? ¿CUÁL es la respuesta que ofrece PÉREZ LUÑO (en el texto citado) y MARTIN KRIELE** (vid. Manual).

5. EJERCICIOS CERRADOS

1. **El artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn, en su párrafo primero, establece:**
   a) Que el fundamento de toda comunidad humana es la paz y la justicia.
   b) Que hay que proteger y respetar la libertad.
   c) La dignidad del hombre es intangible.
   d) La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.
2. **El artículo 1.2 de la Ley Fundamental de Bonn establece que**.....
   .....
3. **Los derechos fundamentales que vinculan a todos los poderes –legislativo, ejecutivo y judicial– son derecho**.....
4. **¿En la Ley Fundamental de Bonn cualquier violación de la dignidad humana puede ser objeto de recurso de amparo? Justifique su respuesta.**
5. **Concrete brevemente las tesis de JELLINEK y de BOUTMY en relación con el origen de los derechos fundamentales.**
6. **Concrete por qué la *Magna charta libertatum* inglesa es considerada como la "fórmula madre" de todos los derechos fundamentales.**
7. **En la historia francesa que sigue a la Declaración de 1789 qué papel juegan los catalogos de derechos fundamentales**

6. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Exponga los argumentos (históricos, políticos, jurídicos...) que, en su opinión, hacen que la dignidad humana tenga una diferente ubicación en la Constitución española y en la Ley Fundamental de Bonn. ¿Qué consecuencias jurídicas se extraen de la misma?**
2. **Justifique desde el punto de vista histórico las dos grietas que deja abiertas el constitucionalismo originario.**

TEMA XXXVIII

LOS VALORES CONSTITUCIONALES

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Novedad y alcance de la positivización de los valores en la Constitución española.
   1. Consideraciones previas.
   2. La novedosa acuñación constitucional de los valores superiores. Alcance y significado.

II. Caracterización general de los valores constitucionales en la doctrina española actual.
   1. La concepción iusnaturalista crítica de A. E. PÉREZ LUÑO.
   2. La fundamentación racional de sentido ético: J. Mª RODRÍGUEZ PANIAGUA.
   3. Los valores superiores como contenido material del derecho justo: G. PECES-BARBA.
   4. Los valores superiores en perspectiva constitucional y normativa: M. OTERO PARGA.

2. IDEAS BÁSICAS

1. La Constitución tiene asignada una función que va más allá de la mera organización política y de la garantía de la libertad. Esta función no es otra que la de asegurar un *contenido material* coherente a la vida social en sus diversas manifestaciones. Para referirse a esos contenidos materiales la Constitución española ya en su art. 1.1 utiliza la noción de "valores superiores" del ordenamiento del Estado. De esta forma, las exigencias normativas de deber-ser de los valores se concretan, como *norma jurídica de máximo rango*, en la Constitución a través del *acto de estimación* que el constituyente realiza a través del proceso de la razón práctica que, en virtud de la índole de la prudencia, en un proceso complejo e histórico-concreto, encaminado a dar respuesta a la realidad cambiante y que permite establecer lo que aquí y ahora refleja y exige una determinada realidad histórico-política, como era y es la sociedad española. Estamos, pues, ante la norma positiva de rango máximo que obliga a todos los ciudadanos y, en especial, a quienes deben, por imperativo de la norma, proteger y garantizar el orden constituyente objetivado en ella. Estamos ante valores jurídicos sometidos a la dinámica propia de las reglas de Derecho; han dejado de ser un mero ideal formal y abstracto para convertirse en contenidos jurídicos con efectos jurídicos determinados. Y esta es la forma de entenderlos, aplicarlos e interpretarlos.

2. La fórmula político valorativa enunciada en el art. 1.1 de la Constitución española expresa las opciones fundamentales y primeras de la misma, *los contenidos más esenciales* del ordenamiento a los que los demás deben supeditarse.

En dicha fórmula, *"valores superiores"*, se consagran, *por primera vez*, en un texto constitucional, suponiendo así una novedad sin precedentes en la historia constitucional. Se trata de la acuñación de una *categoría político-valorativa nueva de indudables consecuencias teórico-prácticas* que reflejan su alcance y significado. La categoría representa: a) *la materialización real y efectiva* en el orden constitucional de una filosofía inspirada en valores, enraizada en el pensamiento tradicional, en la filosofía de los valores y en la cultura político-constitucional e histórica del pueblo español; b) el *criterio de validez material* y de ajuste constitucional para dado el ordenamiento jurídico y que vincula por igual a los ciudadanos y a todos los poderes públicos constituidos que han de propugnarlos.

3. En la doctrina actual existe unanimidad en el reconocimiento de que la constitución contiene y expresa los valores básicos y objetivos de la sociedad; por contra, no existe esa unanimidad en lo tocante a su fundamento, contenido, jerarquía y eficacia. Desde el punto de vista *iusfilosófico* estas cuestiones han sido abordadas, en un ejercicio de sana y enriquecedora crítica, por PÉREZ LUÑO, RODRÍGUEZ PANIAGUA, PECES-BARBA y OTERO PARGA, especialmente (*vid.* epígrafes II.1, 2, 3, 4 y del Manual).

3. LECTURAS

1. "...Los valores son, por tanto, los criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines. De ahí que los valores constitucionales supongan el sistema de preferencias expresadas en el proceso constituyente como prioritarias y fundamentadoras de la vida colectiva. Se trata de las opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural (...).

Los valores constitucionales poseen, por tanto, una triple dimensión: a) *fundamentadora*, en el plano estático, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto. Por ello, la doctrina germana los concibe como «valores fundamentales» y nuestra Constitución como «valores superiores», para acentuar su significación de núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico-político; b) *orientadora*, en sentido dinámico, del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional, y c) *crítica*, en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. De forma que es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o disvalor, por su conformidad o infracción a los valores constitucionales.

Los valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico *fundamentador* o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para *orientar* la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el *criterio* para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad."

A.E. PÉREZ LUÑO: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid 1999, págs. 288-289.

2. "Por mi parte, y con la vista puesta ante todo en la elaboración de una axiología jurídica, me parece que tanto la ciencia como la sociología del Derecho deben ser tenidas en cuenta como punto de partida para conocer los valores sociales que forman la base del Derecho vigente o del que aspira a entrar en vigor. Pero habrá que atender también al aspecto de sociología del conocimiento, ya que no se trata de una simple aceptación de las convicciones vigentes en la sociedad, sino más bien de un análisis de las mismas y de su justificación. Por otro lado, la realización de los valores depende de las condiciones materiales, que deberán damos a conocer la misma sociología y la economía. Por lo que hace a la sociología del conocimiento, deberá enlroncar a su vez con la psicología, especialmente en los aspectos más relacionados con el conocimiento y el comportamiento moral –prestando, por consiguiente, atención a la psicología profunda–, desembocando por último esa psicología en un conocimiento general del hombre, es decir, una antropología; pero ésta a su vez se desarrolla en la historia. Las razones de esta postura son fáciles de comprender, después de todo lo que llevamos expuesto. La axiología jurídica ha de estar abierta en primer lugar a la sociología, porque los valores sociales los descubre el hombre ante todo a través de su vida social: su práctica y sus convicciones sociales. Pero para descubrir en concreto los valores que informan el ordenamiento jurídico vigente, el mejor punto de partida es la propia ciencia jurídica. Por otro lado, la axiología jurídica tiene que estar abierta a las ciencias experimentales, porque no le puede ser indiferente el éxito o el fracaso, sino que tiene que tratar de ser una axiología eficaz; y el éxito o el fracaso no pasan por las coordenadas de los valores. Estos pertenecen al nivel de la finalidad, mientras que el éxito depende de la relación de medios a fin, que obedece a las leyes de la realidad. Y no se trata sólo de éxito o de fracaso: los valores están «llamados» a incorporarse a la realidad, el Derecho no es sólo valores, sino realidad valiosa, y así como esa realidad no es tampoco éstos pueden ser comprendidos sin la comprensión de la realidad con la que están relacionados; pero ésta es la tarea de esas otras ciencias, de las ciencias experimentales".

J.Mª. Rodríguez Paniagua: *¿Derecho Natural o Axiología Jurídica?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1981, págs. 208-209.

3. "Los valores superiores no se fundan sólo en el acuerdo entre los ciudadanos, sino que precisamente ese acuerdo recibe una determinada concepción moral o axiológica, que se perfila y se realiza en la historia moderna.

En última instancia la raíz es el hombre, como ser racional y libre –con capacidad de decidir y elegir– y con la posibilidad de utilizar esa libertad psicológica para conseguir su autonomía moral, su no dependencia, para alcanzar la libertad moral. Esa condición humana que no tiene ningún otro ser conocido constituye su dignidad, lo que le hace valer. A lo largo de la historia se ha configurado una pluralidad de opciones éticas para desarrollar la dignidad humana. Por consiguiente, no estamos aquí postulando una concepción ética válida para todas las épocas. La experiencia histórica desmiente esa pretensión y alumbra toda una serie de intentos dispares en su intención y en su alcance para realizar esa vida digna. Estamos, por el contrario, poniendo de relieve la existencia de una ética propia del mundo moderno y, por consiguiente, con un fundamento histórico para desarrollar una idea más permanente que es la dignidad humana."

G. Peces-Barba Martínez: *Los valores superiores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 110-111.

4. "Es decir, los valores sirven de fundamento en el ordenamiento jurídico español, pero en sí mismos presentan múltiples posibilidades de fundamentación. La primera se denomina real en tanto en cuanto se puede entender que existe una realidad valiosa en sí misma de la que derivan las exigencias impuestas a los hombres. Cabe un conocimiento racional de dicha reali-

dad y por lo tanto en función de ese conocimiento se puede establecer un elenco de valores sobre los cuales no exista ninguna duda racional. Esta fundamentación presupone una homogeneidad en la sociedad que está lejos de producirse.

La segunda postura, en cuanto a la fundamentación de los valores se refiere, es esencialmente distinta en cuanto rechaza la existencia de una realidad valiosa para toda la sociedad. El valor dice, no es una característica real sino una opción de la voluntad. Esta posibilidad por el contrario, es excesivamente relativista y puede convertirse en negadora de la esencia del valor en sí misma.

La tercera opción es la del consenso y pretende aportar un punto de vista intermedio. Los valores así conceptualizados no son algo tan absolutamente variable que dependa en cada momento de la voluntad del que tenga fuerza para imponerlos, pero al mismo tiempo tampoco son unas verdades absolutamente inamovibles que no admitan posibilidad alguna de cambio.

Otra posibilidad de fundamentación es de carácter histórico y se sitúa en la dimensión contractualista. Es similar a la anteriormente expuesta del consenso pero presenta algún matiz distinto. Afirma que los valores superiores se basan en una acuerdo mayoritario que se produce entre los ciudadanos y las fuerzas sociales. Dicho acuerdo no tiene nada de académico sino que es real y se basa en la historia de cada pueblo y por ello permite introducir modificaciones entre la escala de valores de cada comunidad.

Pero el juego de la mayoría sin más podría ser peligroso y para ello se introduce un criterio corrector de carácter ético. Es la llamada justificación ética que se refiere a las situaciones de objetividad antes mencionadas. De forma que los valores superiores no se fundan únicamente en un acuerdo sino que, además, tienen un contenido moral o axiológico.

El mejor fundamento será posiblemente una mezcla de todos que de hecho no se muestran como tan distintos entre sí, sino que más bien se complementan. En todo caso y por lo que a los valores superiores se refiere, su fundamento estará muy unido al respeto por la persona y su dignidad, el cual lleva a garantizar y potenciar todo el resto."

M. Otero Parga: *Valores constitucionales. Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica*, Universidad de Santiago de Compostela, 1999, págs. 36-37.

5. "Si entendemos que nuestra conducta debe ser éticamente «valiosa», de lo que reconozcamos como «valores» éticos derivarán de inmediato consecuencias «normativas», al erigirse en deseable norma de nuestra conducta. La «norma» no sería sino el instrumento de formulación del «valor». Pero, de nuevo, la expresión utilizada parece llevar consigo una carga adicional, que evoca el profundo problema filosófico-jurídico de la relación entre derecho y moral. Decir que los valores tienen carácter «normativo» parece significar que son «derecho» vinculante y no mera exhortación moral; es más, que no serían simples criterios interpretativos sino derecho directamente aplicable.

Hemos abandonado, pues, el ámbito doctrinal de la «axiología» en sentido estricto, con eventual consuelo de más de un jurista, poco amigo de «peligrosas jerarquizaciones axiológicas». Entramos, por el contrario, de lleno en el no menos apasionante campo del «normativismo» teórico-jurídico.

Las teorías que consideran el derecho como norma han encontrado una doble versión dentro del campo marcado por las exigencias de la metodología positivista: el «realismo» (en sus vertientes escandinava y americana), que entiende la norma sociológicamente, como repetición de hechos, y las teorías del ordenamiento, que entienden la norma como esquema formal de contenido aleatorio (con la kelseniana teoría pura como arquetipo). Intentar insuflar en las segundas elementos éticos teóricamente relevantes no parece fácil, a no ser que se abandone el ámbito de la teoría del conocimiento positivista. En la medida en que a todo lo que no sea «positivista» se le considere «iusnaturalista», nos adentramos en otro complejo bosque filosófico-jurídico.

(...) La presencia de los «valores superiores» en nuestra Constitución aspira, al parecer, a abordar este intento. Tendrían el carácter de normas que «establecen criterios materiales», cerrando el paso a construcciones arbitrarias sobre la «norma material superior» del ordenamiento.

Intentar hacer compatible este planteamiento con la teoría kelseniana, ejemplo modélico de normativismo respetuoso con la metodología positivista, es imposible, como tendremos ocasión de señalar. No podemos considerar al artículo 1.1 de nuestra Constitución como una «norma básica», en sentido kelseniano. En primer lugar porque, para KELSEN, la norma básica no es una norma positiva y dicho artículo sí debe ser considerado como tal. En segundo lugar, porque entiende que una norma básica con contenido ético, capaz de condicionar en razón del mismo el de otras sucesivas, daría paso a un sistema «estático», propio de concepciones morales o iusnaturalistas; mientras que lo característico del ordenamiento jurídico sería su «dinamismo»: el hecho de que sus normas son válidas no en razón del contenido sino de la existencia de una *conexión formal*, que confiere a un arbitrario acto de voluntad alcance normativo, sea cual sea su contenido ético.

Entender a los «valores superiores» como norma material básica de nuestra Constitución supondría considerarlos portadores del germen del que derivarían los *contenidos* del resto de las normas del ordenamiento; su validez derivaría de dicha sintonía, hasta el punto de poder ser consideradas inválidas si se opusieran a ella: un sistema «estático», en suma. Ni qué decir tiene que, en estas circunstancias, el cambio de dicha norma básica llevaría consigo el cambio radical de la Constitución y, con ella, de todo el ordenamiento.

¿En qué se traduciría la dimensión «normativa» de los valores superiores? Fieles a la pirámide normativa, habría que entender que se «limita al arbitrio judicial en la búsqueda de los valores implícitos en la Constitución. La Libertad, a la hora de ir «construyendo» la teoría de la justicia que acompaña al ordenamiento se vería, pues, condicionada. Cabría, sin embargo, apuntar que dichos valores no ofrecen cobertura suficiente para fundamentar una decisión; se trataría de una norma tan «abierta» que apenas excluiría posibilidad alguna, por lo que, más bien, haría constitucional tanto una decisión como la contraria.

Resulta, pues, dudosa la «aplicabilidad» jurídica de los valores superiores. Esto tiene consecuencias trágicas si se suscribe un «normativismo« jurídico, que sólo considera como derecho las normas «aplicables». Si, por el contrario, se relativiza la «aplicabilidad» de toda norma, la situación de los valores superiores respecto a cualquier otra marca una simple diferencia de grado (mayor o menor apertura) y no de naturaleza (jurídica/no jurídica). Cabría, no obstante, acogerse a otra afirmación: «de su situación en la Constitución se desprende que estamos ante una auténtica norma jurídica», trasladándonos a una nueva tesis: todo lo incluido en la Constitución es «normativo» y por ende (para los normativistas) jurídico.

Una primera fuente de fisura de la opción normativista será precisamente la relación entre contenidos éticos o «morales» y Derecho. La teoría del conocimiento «positivista» obliga a delimitar objetos de estudio racional perfectamente identificables. La consecuencia será el «positivismo jurídico», que considera que sólo reuniría tal carácter el Derecho positivo o puesto. La ética o la moral quedarían situadas en el campo vago e indefinible de lo emocional o, al menos, en un ámbito decididamente metajurídico. De ahí el continuo empeño por decantar el Derecho que «positivamente» es respecto al que éticamente «debería» ser. La norma jurídica «pondría» en situación de ser directamente aplicados unos valores determinados, a los que cabría calificar de «moralidad legalizada». Este sería el ámbito del Derecho. Al margen de él quedarían las consideraciones relativas al Derecho deseable, que sería el propio de la «política jurídica» o incluso, si su tratamiento racional se considera posible, de una «ciencia de la legislación». La norma jurídica positiva marca, en todo caso, la neta frontera entre «ser» y «deber ser», indispensable para el positivismo jurídico.

Si se reconoce a los valores superiores como «normas» (para poder seguir considerándolos «jurídico-positivos») resulta inevitable privar a la norma de esa función de dique impermeabilizante respecto a contenidos no jurídicos que el positivismo le atribuía. Los valores superiores se sitúan entre el Derecho positivo (y su moral legalizada) y una «moralidad crítica». Su contenido «no se agota en su perspectiva normativa –(léase «jurídica»)– sino que excede de la misma y hunde sus raíces en el campo de la moralidad". Allí enlazan con esa «moralidad crítica» que les presiona, marcando «un *indirizzo* político del ordenamiento» hacia una «progresiva positivación» de los valores. La «moralidad crítica»" iría pues siendo «legalizada», y no sólo por el legislador, sino también por el juez, ya que todo este proceso resalta «la dificultad de separar creación e interpretación del derecho», que era otra de las benéficas consecuencias de la consideración de la norma positiva como dique impermeable.

Al final de todo este proceso puede quedar claro que los valores superiores son auténticas normas, aunque sólo a condición de que renunciemos a tener tan claro qué sea una norma. El nítido perfil que le atribuyó el positivismo jurídico se ha abandonado, con lo cual sin duda hemos ganado en «realismo»: nos hemos acercado más a lo que el derecho, «realmente» es.

El positivismo jurídico se limitó a replantear, negando la metafísica, una determinada ontología que entendía el derecho como sustancia, o incluso como «cosa». La única diferencia radicaría en que dejaría de ser cosa metafísicamente supuesta para convertirse en cosa «físicamente» puesta. A ello se añadía un factor secularizador nada deseable: las suposiciones iusnaturalistas se habrían movido en el ámbito de las exigencias de una moralidad religiosa, mientras la positivación marcaba las opciones morales fruto de la soberanía política. En resumen, se sustituyen unas normas por otras, pero el derecho sigue teniendo idéntica contextura. El enredo de la polémica consolidó este círculo vicioso, alimentado por no pocos teólogos moralistas bastante alejados de la práctica jurídica.

La perspectiva cambia radicalmente si se pone en duda que el Derecho sea una sustancia, siquiera positiva: algo que mana de una «fuente», que se «aplica» a la realidad, cuya ausencia produce una «laguna», etc. Puede que el Derecho sea realmente una dimensión de la *actividad* humana: la que se esfuerza por lograr el *ajustamiento* de sus *relaciones de convivencia*. No sería, por tanto, una cosa, que pueda o no tenerse disponible, que se aplique o deje de aplicarse, sino una tarea que sólo a su final permitirá disponer de una «cosa justa», o al menos (dada la falibilidad humana) de la «cosa juzgada».

El «normativismo» en el Derecho toma la parte por el todo, como ocurriría en cualquier otra actividad humana. Es indudable que la creación artística tiene sus cánones, que permiten distinguirla de la arbitrariedad caprichosa; pero pretender concebirla como mera «aplicación» de normas previas es el mejor modo de condenarse a no llegar a disponer de «cosa estética» alguna.

El Derecho es, ante todo, juicio de valor. Una actividad humana que, inevitablemente se refiere a *valores* (más o menos «superiores») a cuya luz ajustar relaciones. Problema subsiguiente, y no precisamente secundario, es cómo lograr un ajustamiento de esas relaciones, con lo que lleva consigo de respeto a los puntos de referencia que la constituyen (si niego al otro, dejo de «relacionarme» con él) y de simetría en el trato. Es obvio que la dimensión subjetiva que todo juicio de valor lleva consigo supone un riesgo de desajustamiento. Para paliarlo (no cabe eliminarlo del todo sin eliminar al sujeto, condenándonos a perder el juicio) es necesaria una doble cautela. Por una parte, transparentar al máximo (abriéndola a la crítica) la fundamentación del juicio de valor: los *principios* en que se apoya. Por otra, contar con esquemas de referencia (textuales o, al menos, lingüísticos) que condicionen la formulación de los juicios, permitan prever su alcance y abran cauces a su revisión posterior; funciones todas ellas encomendadas a las *normas*, escritas o no."

A. Ollero Tassara: "La Constitución: entre el normativismo y la axiología", *Anuario de Filosofía del Derecho, 1987*, págs. 390-394.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR

1. **Reflexione en torno a la generalidad y abstracción de la fórmula "valores superiores" recogidos en el art. 1.1 de la Constitución española.**
2. **¿Realmente los contenidos materiales enunciados en el art. 1.1 como "valores superiores" tienen fuerza vinculante porque así lo ha *decidido* el poder constituyente o porque dotan de legitimidad a todo el sistema político-jurídico? ¿De dónde deriva esa legitimidad última?**

5. EJERCICIOS CERRADOS

1. **La fórmula del art. 1.1 de la Constitución española establece que:**
   a) España se constituye en un Estado de Derecho que propugna como valores la justicia y la igualdad.
   b) España se constituye en un Estado de Derecho cuyos valores básicos son la libertad, la justicia y la igualdad.
   c) España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.
2. **El contenido del art. 1.1 trae su causa del texto propuesto por el grupo socialista cuyo enunciado decía: "España se constituye en.....**
3. **Al texto propuesto por el grupo socialista se añadieron, a propuesta de Alianza Popular, UCD, y la minoría catalana, las calficaciones de.....**
4. **La concepción iusnaturalista crítica de A.E. Pérez Luño responde a tres ideas-guía:**
   .....
   .....
5. **¿Qué entiende Perez Luno por necesidades básicas radicales? ¿Dónde encuentran su fundamento último?**
6. **¿En la concepción de Rodríguez Paniagua por qué el utilitarismo no puede ser vía para la fundamentación de los valores superiores y de los derechos humanos? Exponga brevemente las dos razones en que se apoya el autor.**
7. **¿Qué doctrinas son las que, según Rodríguez Paniagua, pueden servir de base a la fundamentación ética o moral de los valores y los derechos humanos?**
8. **¿Dónde encuentran su fundamentación los "valores superiores" según la tesis de Peces-Barba?**
9. **¿Por qué para Peces-Barba los "valores superiores" son reformables?**
10. **Para Peces-Barba ¿qué dos valores son "valores fuertes"?**
    a) La vida y la integridad
    b) La justicia y la igualdad

c) La libertad y la igualdad
d) El pluralismo y la libertad

11. Exponga la definición que de la estimativa jurídica ofrece OTERO PARGA.

12. Enumere las tres funciones principales que cumplen los valores según OTERO PARGA.

6. EJERCICIOS ABIERTOS

1. De la lectura de los textos 1 y 3 (PÉREZ LUÑO y PECES-BARBA) del punto 3, contraste y exponga el tipo de fundamentación que de los "valores superiores" realizan ambos autores.
2. De la lectura del texto 2 (RODRÍGUEZ PANIAGUA) del punto 3, cómo interpreta Vd. la siguiente afirmación expuesta en el texto: "Pero habrá que atender también al aspecto de sociología del conocimiento, ya que no se trata de una simple aceptación de las convicciones vigentes en la sociedad, sino más bien de un análisis de las mismas y de su justificación".
3. De las múltiples posibilidades de fundamentación, cuáles integrarían la "mezcla adecuada" que postula OTERO PARGA (vid. texto de la lectura 4).
4. Por qué, según OLLERO (lectura nº 5) "no podemos considerar el art. 1.1 de nuestra Constitución como una "norma básica", en sentido kelseniano". Enuncie la tesis que en la última parte del texto expone el prof. OLLERO acerca del Derecho ("El Derecho es, ante todo, juicio de valor..."). Contraste esta tesis con la ofrecida por el autor en el texto de la lectura 3, tema XXXIII, y extraiga las consecuencias que de una y otra afirmación se derivan.

TEMA XXXIX

LOS VALORES CONSTITUCIONALES EN PERSPECTIVA TEÓRICO-DOGMÁTICA

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Introducción.

II. Los valores superiores en la iuspublicística española actual.

1. Los valores superiores como unidad material de sentido de la Constitución: E. GARCÍA DE ENTERRÍA.
2. Los valores superiores como parámetro de legitimidad: L. PAREJO ALFONSO.
3. Los valores superiores como norma vacía de contenido: F. RUBIO LLORENTE.
4. Los valores superiores como decisiones referentes al derecho: A. GARRORENA MORALES.

2. IDEAS BÁSICAS

1. Se trata de mostrar ahora en perspectiva teórico-dogmática las aportaciones que, respecto a los "valores superiores" realiza la doctrina *en el derecho administrativo y constitucional* destacando las cuestiones centrales de las tesis y conclusiones de los administrativistas GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, y de los constitucionalistas RUBIO LLORENTE y GARRORENA MORALES.

2. La primera aportación al estudio teórico-dogmático la realiza E. GARCÍA DE ENTERRÍA. Su referencia a los "valores superiores" es breve pero muy esclarecedora. Su tesis central consiste en afirmar que la Constitución asegura una *unidad* del ordenamiento sobre la base de un *orden de valores materiales expresamente formulado* en ella y, por ello, de alcance normativo. Se trata de una *"unidad material de sentido"* ya que dicho orden de valores materiales son la proclamación de unos valores sociales determinados, enraizados en la realidad social y que por decisión suprema de la comunidad y en representación de la misma, el constituyente declara como *primordiales* y *básicos* de toda la vida colectiva, constituyendo los principios jerárquicamente superiores para la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la interpretación de la Constitución misma.

3. La aportación de PAREJO, amplia y detallada, viene a sostener la siguiente tesis: tanto el poder como el ordenamiento del Estado *valen por derivar su validez última de los valores que uno y otro propugnan y realizan*; el Estado y el Derecho encuentran su parámetro de validez o legitimidad en los valores superiores positivados en el art. 1.1. Los valores son *dimensiones de lo humano* que emergen, se afirman, valen y se articulan en la existencia histórica del hombre y, en

tanto, que jurídicos, emergen, se articulan y valen en el proceso socio-político de integración y unidad ordenado en y por la Constitución.

4. El constitucionalista RUBIO LLORENTE ofrece una realista concepción de los valores basada, especialmente, en su praxis hermenéutica como ex-presidente del Tribunal Constitucional. De forma contundente expresa su tesis sobre los "valores superiores" contenidos en el art. 1.1 afirmando que dicha fórmula no es otra cosa que la recepción por el Derecho positivo de los derechos o principios o valores naturales presentes en las teorías del Estado y del Derecho que confluyen en las revoluciones de las que surge el Estado constitucional o que se han afirmado como *exigencias derivadas de la naturaleza del hombre* o de la dignidad de la persona, pero que desde su incorporación o la Constitución, esos *derechos naturales* son *derechos positivos*.

5. Y, en fin, para el constitucionalista GARRORENA MORALES, de forma decidida los "valores superiores" *son presupuestos claramente meta-positivos*, externos al Derecho pero al ser la propia Constitución la que conecta su texto positivo a valores preexistentes en la conciencia jurídica de la sociedad española "aquellos son ya Derecho positivo. Los valores expresamente caracterizados como "superiores de ordenamiento jurídico" reciben su calidad de su universalizada aceptación por la cultura jurídica occidental cuyo esfuerzo de siglos sintetizan y compendian. Por eso son *valor de Derecho* e *importan para el Derecho*.

3. LECTURAS

1. "Esa cualidad de asumir, constante y sucesivamente (según los supuestos), distintas pero determinadas «formas» o «articulaciones», a pesar de la identidad de las pretensiones de validez y vigencia que portan los elementos del repetido orden de valores, procede de una doble circunstancia:

a) La peculiaridad de la estructura interna del orden de los valores superiores. Estos poseen ciertamente un mismo rango formal, pero son diferentes entre sí (...). En concreto:

- El valor complejo proclamado en el art. 10.1 CE (y los más simples en que se descompone) se refiere indudablemente a *cualidades de la realidad cultural individual y colectiva*. Su perspectiva o plano es, pues, sustantivo o material. Por eso hemos hablado antes al referirnos a dicho precepto, de suelo axiológico o contenido axiológico material.
- Los valores expresados en el concepto «Estado social y democrático de Derecho» se refieren más bien a *cualidades del Estado-poder* o Estado-aparato, es decir, de una realidad organizativo-institucional... Se trata, pues, de valores organizativos.
- Los valores de la libertad, la igualdad, el pluralismo político y la justicia (este último con la advertencia de su singularidad que en este conjunto posee, según ya nos consta) se refieren a *cualidades del Estado-ordenamiento*, es decir, de la *configuración jurídica* (como realidad de las dos realidades (sustantiva y organizativa) anteriores.

Esta específica construcción de la estructura interna del orden de los valores superiores –agrupación en conjuntos de valores análogos, aunque no idénticos, y en tensión recíproca, que interactúan– determina la lógica de dicho orden: La relación de complementariedad dialéctica de valores y de conjuntos de los mismos, capaz de producir una imagen valorativa coherente, una síntesis estimativa concreta en términos de la justicia propia de una sociedad humana bien ordenada.

b) La dinámica operativa del propio orden de los valores superiores, establecida por los artículos 1.1 y 10.1 CE en su relación sistemática ya analizada. Esta dinámica conecta dicho orden con el resto del texto fundamental (en sus dos partes, dogmática y organizativa), de suerte que aquél no ejerce su función en el vacío o exclusivamente desde sí mismo... Dicho de otro modo, la conexión del orden de valores con el resto de la regulación constitucional, asegura un ciclo completo de retroalimentación que, en definitiva, no es sino manifiestación de la unidad del orden constitucional en su conjunto (su condición de sistema integrado, de la que aquel orden de valores superiores no es sino condensación última.

Queda así al descubierto el fundamento de la culminación del orden de valores, en una pluralidad de valores superiores (consistencia de éstos no en un conjunto carente de integración, sino en un bloque compacto capaz de generar «estimativas concretas» materializadoras, en cada caso, de la sociedad justa o de la justicia sin más) y razonada también la capacidad de ese núcleo valorativo superior para, eficazmente, articular el orden entero de los valores jurídicos y vertebrar, a su través, el ordenamiento estatal en su conjunto. Pero también resulta aclarado... que la superioridad del núcleo valorativo examinado reposa no en la jerarquía como atributo formal (mayor rango que los restantes preceptos constitucionales), sino en la universalidad que les caracteriza (extensión de su radio de acción, como bloque, a la totalidad del Estado) y en la condición de Estado valorativo propia de éste. En otras palabras, la superioridad le es inherente, no es el resultado de la atribución de un rango formal en el ordenamiento; afirmación que, como fácilmente se comprende y luego comprobaremos, tiene incidencia en el problema de la reforma o supresión de los valores superiores y del posible desencadenamiento por éstos de juicios de inconstitucionalidad de otros preceptos constitucionales."

PAREJO ALFONSO: *Constitución y valores del ordenamiento*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990, págs. 137-138).

2. "Los valores superiores, según dicha condición, tienden normalmente a prolongarse en otros preceptos y, en consecuencia, es bastante esperable que, en el común de los casos, haya una norma más próxima a la aplicación de ellos, lo cual, a la postre, terminará siendo la realmente alegada. Desde este punto de vista parecerían tener razón, incluso quienes, desde la doctrina y como los profesores ARAGÓN, PÉREZ LUÑO o PRIETO SANCHÍS, se muestran partidarios de detener aquí la eficacia de los valores superiores; aunque lo cierto es que si compartiéramos dicho punto de vista, deberíamos preguntarnos de inmediato si esa norma que se considera más próxima a la aplicación y el valor que la integra no forman un «compacto normativo» en el que determinadas consecuencias se conectan de un modo más directo al valor integrador que a la norma por él integrada. Recordemos, por ejemplo, la ya mencionada STC 12/82, de 31 de marzo, donde, aunque la norma próxima utilizada es el art. 20 de la Constitución, relativa a la libertad de los medios de comunicación, algunas consecuencias, como la exigencia de que tales medios preserven el pluralismo en sus actuaciones, se vinculan antes al valor «pluralismo» que al contenido del citado precepto constitucional. Y algo similar encontramos en las SSTC 132/89, de 18 de julio, y 179/94, de 16 de junio, referido ahora al valor libertad.

No tenemos, no obstante, por qué perdernos en semejante orden de puntualizaciones para tratar de demostrar que esta categoría puede exceder, a veces, el solo nivel de los efectos mediatos o indirectos, ya que el que esta capacidad informadora de otras normas sea la dimensión de eficacia más cierta de los valores no significa que la misma sea además la única posible. Frente a quienes opinan, según vimos, que dicha eficacia agota la condición de los valores como norma, hay razones para defender, como hace algún sector minoritario de la doctrina (PECES-BARBA, LUCIANO PAREJO...), que los valores superiores son normas en el más pleno sentido, esto es, susceptibles de comportar incluso una eficacia jurídica inmediata. El hecho de que dicha eficacia no llegue a adquirir «visibilidad» en la inmensa mayoría de los supuestos, al estar mediada

por otra norma más próxima, no significa que, potencialmente, esa capacidad normativa directa no esté ahí.

En esta línea de razonamiento, habría que aceptar, al menos, que los valores superiores pueden ser norma directamente aplicable –pueden tener eficacia inmediata o directa– en un específico tipo de juicios; concretamente, en aquellos en los que se juzga la inconstitucionalidad de otro precepto jurídico. Eso supone que los valores (en la medida en que poseen eficacia directa sobre las demás normas) deben poder servir, ellos solos, como Derecho sobre el que fundamentar tanto un recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la Ley que fuera contraria a su espíritu como un recurso contencioso-administrativo suscitado contra un reglamento que adoleciera de idéntico defecto. En ambos casos, el art. 1.1, en solitario, sin necesidad de contar con la mediación de otros preceptos, debería poder ser la norma –el solo parámetro– utilizado para fundamentar el fallo correspondiente. El propio Tribunal Constitucional pareció aceptarlo así en su ya mencionada sentencia 12/82, al decir que el legislador es libre para establecer y regular la televisión privada siempre que, al hacerlo, respete (hay que entender que, si no los respeta, esa infracción abre la posibilidad de un recurso de inconstitucionalidad) «*los principios de libertad, igualdad y pluralismo político como valores fundamentales del Estado*». Y, desde luego, el Tribunal ha reconocido de pleno esa posibilidad en su STC 116/87, de 7 de julio, al afirmar que, *"como regla general, los valores superiores del ordenamiento... pueden bastar para promover recursos o plantear cuestiones de inconstitucionalidad.*

Mucho más delicado, claro está, es admitir que los valores puedan operar además como norma de aplicación directa sobre los propios hechos. La principal reserva que se suele oponer a ello consiste en entender que los valores, porque son ideas directivas para el resto del Derecho, no son todavía mandatos completos, esto es, prescripciones a las que quepa anudar desde ya consecuencias jurídicas inmediatas. Sin embargo, no parece que éste sea un razonamiento demasiado correcto, porque lo que se deriva de la condición muy abstracta de un mandato no es que su referente –aun lejano– no sea la realidad, ni tampoco que no contenga ninguna prescripción potencial para ésta, sino tan sólo la necesidad de mediarlo y aun la conveniencia de que, en un sistema parlamentario y de Derecho escrito, esa mediación la realice fundamentalmente el legislador. Pero, ello admitido, no creo que quepa descartar que estos valores puedan y deban permanecer como una reserva normativa desde la que cubrir aquellos supuestos, extravagantes a buen seguro (lo que limita infinitamente los riesgos de la libre creación judicial) pero no imposibles, en los que la habitual mediación a través de otras normas pudiera haber resultado claramente insuficiente. En tales supuestos (más en un sistema que prohíbe al juez dejar de sentenciar so pretexto de insuficiencia de las leyes) nada impediría fundamentar incluso un fallo sobre alguno de dichos valores."

A. GARRORENA MORALES: "Valores superiores y principios constitucionales", en *Estudios de Derecho Público", Libro-Homenaje al profesor J.J. Ruiz Rico*, Vol. I, 1997, págs. 38-39.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR

1. Si los valores superiores son, en opinión de RUBIO LLORENTE, "exigencias derivadas de la naturaleza del hombre" o de la "dignidad de la persona" cómo al ser constitucionalizados en el art. 1.1 CE "carecen de eficacia jurídica real" dado que se trata de una "norma vacía de contenido" de la que además "no cabe derivar derechos ni deberes u obligaciones". ¿Qué sentido y alcance tiene el hecho, pues, de constitucionalizarlos".

5. EJERCICIOS CERRADOS

1. La concepción de García de Enterría, según la cual la Constitución asegura una unidad al ordenamiento:

a) Es una unidad formal
b) Se apoya en simples reglas formales de producción de normas
c) Está parada en la soberanía popular
d) En una unidad material de sentido.

2. El orden de valores establecidos en el art. 1.1 CE es para Garcia de Enterría un orden:

a) Primordial y básico que resulta de su protección reforzada por el procedimiento de reforma constitucional del art. 168 CE
b) Es sólo principio informador
c) Orden jerárquico formal.
d) Oorden de seguridad jurídica

3. Para Parejo, el orden de los valores del ordenamiento es:

a) Cerrado y general
b) Abierto y jerarquizado
c) Plural y dinámico
d) Clausurado

4. Los valores superiores para Parejo están llamados a..... todos los demás.

5. Los valores contemplados en el art. 10 CE son para Parejo:

a) Organizativos
b) Sustantivos y formales
c) Materiales
d) Formales

6. Para Rubio Llorente los valores superiores del art. 1.1 CE:

a) Tienen eficacia normativa
b) Carecen de eficacia jurídica real
c) Tienen eficacia normativa mediata

7. Para Garrorena Morales, el valor justicia expresado en el art. 1.1 CE es

a) Valor formal
b) Valor primerísimo de armonía entre correlaciones sociales
c) Valor sin eficacia normativa
d) Principio orientador del ordenamiento jurídico

8. La naturaleza de los "valores superiores" del art. 1.1 CE para Garrorena Morales:

a) Es interna al Derecho
b) Es externa al Derecho
c) Es externa dado que son presupuestos meta-positivos.

6. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Del texto expuesto en la Lectura 3.1 explique la tesis de PAREJO sobre la estructura interna del orden de los valores superiores.**
2. **Del texto expuesto en la Lectura 3.2 establezca las diferencias que respecto a la eficacia de los "valores superiores" mantienen ARAGÓN REYES, PEREZ LUÑO y PRIETO SANCHÍS, las que mantienen PAREJO, PECES-BARBA y la sostenida por GARRORENA MORALES ¿Cuál de ellas le parece más aceptable jurídicamente?**

TEMA XL

LOS VALORES SUPERIORES DESDE Y EN LA CONSTITUCIÓN

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Planteamiento metodológico.
II. Los valores constitucionales desde la caracterización externa de la Constitución. Consecuencias en el plano teórico y jurisprudencial
  1. Constitución de ruptura y valores superiores.
  2. Constitución de consenso y valores superiores.
  3. Constitución refrendada y valores superiores.
III. Los valores constitucionales desde la caracterización interna de la Constitución. Consecuencias en el plano teórico y jurisprudencial.
  1. Valores constitucionales y perspectiva histórico-ideológica de la Constitución.
    1.1. La Constitución española y su conexión con los valores de la tradición histórico cultural demo-liberal.
    1.2. Conexión axiológica de los valores superiores del ordenamiento jurídico con la tradición demo-liberal.
      A) Primera dimensión: los valores superiores como opciones metajurídicas.
      B) Segunda dimensión: los valores superiores como norma. Alcance de su eficacia normativa.

2. IDEAS BÁSICAS

1. La Constitución española actual presenta rasgos fundamentales que pueden ser destacados y estudiados en una doble perspectiva: la primera *externa*, atiende a los datos que la especifican desde su *circunstancia concreta*; la segunda *interna o esencial* implica entrar en el *análisis del texto constitucional*, en una triple linealidad: la histórico-ideológica, la formal y la material. De una y otra perspectiva se siguen consecuencias muy concretas que afectan a los "valores superiores" enunciados en su art. 1.1.

2. Esas consecuencias en *perspectiva externa* están conectadas con los tres rasgos que la especifican y distinguen del resto de constituciones europeas: es una Constitución de "ruptura", "consensuada" y "refrendada".

a) Ante todo, se trata de una Constitución "*de ruptura de legitimidad con apoyo de la legalidad anterior*". Sus contenidos vienen a ser la reacción a un sistema autoritario. Esa reacción se muestra, en particular, en el reconocimiento y en la garantía de unos *valores* calificados de *superiores* que hasta ese momento

no tenía precedentes ni en las "leyes orgánicas" del régimen anterior, ni en nuestra tradición constitucional.

b) Al ser también una Constitución *consensuada*, muchos de los preceptos llegaron ya negociados por los grupos parlamentarios mayoritarios a las Cortes. El consenso significó, ya en ese momento, todo un valor muy fértil para la totalidad del texto constitucional y también lo fue, y además por *unanimidad de la ponencia constitucional*, respecto al contenido y ubicación de los "valores superiores" contenidos en el art. 1.1: sirvió para reforzar su valiosidad en rango, contenido y resistencia. Ese valor del consenso también se pagó al precio de devaluar otros valores como el de la dignidad humana (*vid.* las razones que ofrece BENDA en el texto de la Lectura 3.1).

c) Por último, se trata de una Constitución *refrendada*, esto es *sometida al consentimiento último de la voluntad popular o legitimidad democrática*. El pueblo español, con una participación tan sólo discreta del censo electoral, refrenda los valores que el constituyente escoge porque representan realidades valiosas desveladas, conquistadas y concretadas en Derecho positivo y que al estar fundadas en la persona devienen en exigencias normativas de primer orden.

3. También aquellas consecuencias se muestran desde la consideración *interna* de la Constitución, perspectiva que nos sitúa ante las "opciones fundamentales" de la misma: histórico-ideológica, formal y material, de las cuales nos interesan a los efectos de los "valores superiores" las dos primeras, la histórico-ideológica y la formal.

a) La primera muestra la *reintegración* de nuestra Constitución a la tradición constitucional demo-liberal que nace indiscutiblemente unida a determinados *valores*, entre los que destacan la legitimación democrática del sistema, el control efectivo del poder y la garantía de las libertades. Tres realidades de naturaleza histórica, *estimadas como valiosas* y que la tradición demo-liberal las ha hecho valer y que en suma, en nuestra Constitución vienen a coincidir con las que son *principio legitimador* ("soberanía nacional"), *valores superiores últimos* (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político) y *etapas en la evolución del Estado* (sometimiento a la Ley y al Derecho elaborado democráticamente a través del parlamento).

b) Inseparablemente unida a la anterior, la perspectiva formal, muestra como nuestra Constitución, siguiendo el modelo demo-liberal, realiza una *positivación expresa* de los valores, denominándolos *valores superiores del ordenamiento jurídico*, para manifestar así su importancia y trascendencia en el ordenamiento ubicándolos en el pórtico mismo de la Constitución, esto es, en el art. 1.1. Para mostrar su trascendencia distinguimos, a efectos didácticos, dos dimensiones: los valores superiores como opciones meta-jurídicas y los valores superiores como normas para examinar aquí el alcance de su eficacia normativa.

3. LECTURAS

1. "En la concepción del liberalismo, la dignidad del ser humano no era incumbencia del Estado. El liberalismo partía de la creencia de que tanto más libertad y dignidad tendría el individuo cuanto más garantizada quedara una esfera inmune al Estado, en la que el individuo pudiera libremente configurar su existencia. En la actualidad esta forma de ver las cosas ha perdido validez porque bajo las condiciones de la sociedad moderna el individuo depende de las prestaciones del Estado. Con ello se plantea al ordenamiento constitucional un problema fundamental de la convivencia: hemos de poner en luz y definirnos ante la tensión entre la autosuficiencia del individuo y las necesidades, derechos y obligaciones que derivan de las circunstancias actuales de la vida en comunidad... La Ley Fundamental de Bonn intenta equilibrar las tensiones entre individuo y «res-pública», por un lado, mediante la garantía de los derechos fundamentales; por otro, estableciendo límites y obligaciones sociales. Habida cuenta de que el reconocimiento de la dignidad humana inspira el ideario de la Ley Fundamental, de aquel se infiere también su influencia en otros derechos fundamentales... Una visión conjunta de todas estas normas, en especial de los arts. 1, 2, 12, 14, 15, 19 y 20 de la GG expresa la imagen que ésta tiene del hombre".

BENDA, E.: "Dignidad humana y derechos de la personalidad", Cap. IV del *Manual de Derecho Constitucional*, edición, prolegómenos y traduc. de A. LÓPEZ PINA, I.V.A.P. y Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1996, págs. 118-119).

2. "Este precepto (1.1 CE) nos revela inequívocamente que nuestra Constitución ha evitado caer en el reduccionismo del positivismo estatalista; no estamos, en definitiva, ante un código de corte positivista. El artículo ofrece un planteamiento relativamente singular en el que tomando como punto de partida la Nación española, "España", o lo que es lo mismo, el conjunto de seres humanos que se dotan, a través de la Constitución, de un sistema de convivencia pacífica, procede a conectar el poder político del Estado con un ordenamiento jurídico respecto del que propugna una serie de valores...

... Los valores contribuyen, pues, decisivamente, a la función de legitimidad que la Constitución desempeña, entendiendo por *legitimidad* aquella calidad de un poder por cuya virtud las decisiones que de él emanan son acatadas y obedecidas como obligatorias por existir en los destinatarios de las normas el convencimiento de tal obligatoriedad."

FERNÁNDEZ SEGADO: F. *El sistema constitucional español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, págs. 88-89).

3. "El precedente análisis del proceso de elaboración de la Constitución permite determinar con bastante seguridad el pensamiento y el propósito que estuvieron en la base de la formulación del texto que hoy rige como artículo 1.1 de aquella norma fundamental y que pueden concretarse en los siguientes términos:

a) Opción consciente por un orden constitucional y, desde él, un orden total jurídico que, superando cualquier formalismo, descanse en y se nutra de aspiraciones y metas ideales, contenidos espirituales sociales estimados comunes sobre la base del consenso alcanzado en el momento constituyente, lo que significa –gracias a los mismos– prolongación indefinida de dicho consenso básico en el orden constituido.

b) Conciencia de la trascendencia específica del artículo 1.1 para el entero orden constitucional y el resto del ordenamiento jurídico por tres órdenes de consideraciones. Primero, porque en él se consagran los contenidos materiales o de valor que han de prestar al Derecho (constitucional y ordinario) la textura y conformación pretendidas. Pero, además, porque se

quiere que tales contenidos materiales –prestadores de una concreta «cualidad», la de valor, a determinados bienes, los más «valiosos» de los cuales se enumeran en el propio precepto– irradien eficacia a todo el ordenamiento jurídico, prestando así estructura a los bienes protegibles y protegidos por él mismo. Y, finalmente, porque los valores, al abrir el Derecho al más vasto campo de las reglas sociales, lo vinculan con la vida de la sociedad misma y su evolución, de suerte que el mismo cumplimiento por aquellos de sus funciones en el seno ordenamiento jurídico imprime a este un sentido dinámico en sintonía dicha evolución.

c) Voluntad expresa de positivación o, mejor, «juridificación» de expresados contenidos materiales, de las entidades calificadas de «valores con determinación de los de mayor rango o superiores y su especificación *en la justicia*, la libertad, la igualad y el pluralismo político, en calidad –además de elementos basales o fundantes del ordenamiento jurídico–.

La operación se lleva a cabo desde el reconocimiento de la pertenencia de los «valores» también al ámbito más extenso de la ética, la moral y la política Una vez incorporados a la Constitución, no obstante, adquieren la normalidad propia de ésta y la consecuente pretensión de validez (que es, por demás específica, dada su posición y función en el ordenamiento).

d) Consideración de los valores como entidades que operan dan sentido u orientación, es decir, señalando fines. De ahí su peculiar funcionalidad: siendo valores del ordenamiento, y dada la identidad entre el mismo y el Estado, conectan dinámicamente éste con aquél (en cuanto su mecanismo reproductor), fijando los puntos, los criterios y las orientaciones. Gracias a esta vinculación dinámica se pretende que los valores jueguen como válvula de apertura a la realidad social de la comunidad política constituida y reguladora de la progresión armónica en la evolución de Estado y sociedad."

L. Parejo Alfonso: *Constitución y valores del ordenamiento*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 1990, págs. 38-39.

4. "La explicitación taxativa de los valores superiores del ordenamiento del Estado, conforme a la cual la cúspide del orden de valores propios de dicho ordenamiento es –al igual que la caracterización del Estado– compleja (lo que guarda relación con la correspondencia entre valores superiores y caracteres del Estado ya apuntada).

El orden da valores no culmina así en una jerarquía única y unívoca, sino en una tétrada. El conjunto que ésta forma ni contiene ni expresa las valencias respectivas y relativas entre sí de los elementos que la integran y, por tanto, tampoco dice nada sobre las reglas de armonización entre dichos elementos y sus exigencias propias. Quiere decirse que, en principio y con carácter general, todos y cada uno de estos elementos-valores tienen idéntico rango, concretamente el superior.

Resumiendo, cabe decir que el artículo 1.1 no tiene por objeto y, por tanto, no contiene más que la caracterización –única– del Estado, sólo que realizada desde la doble vertiente o imagen especular de éste como poder (Estado social y democrático de Derecho) y como ordenamiento (el creado por aquél según un orden de valores). La complejidad de cada una de esas dos vertientes o imágenes no obsta a dicha caracterización global gracias a la conexión dinámica que expresamente se establece entre ambas, de suerte que queda establecido un circuito de alimentación recíproca: el Estado poder es como es porque institucionaliza una comunidad política compleja, y el Estado ordenamiento (reducción jurídica de dicha comunidad) que se define es posible en función de la configuración del Estado poder. De ahí que la caracterización global del Estado resultante enfatice su condición de Estado de Derecho (porque se manifiesta en todo caso como ordenamiento tanto por estar reducido el poder al Derecho como por deber articular el poder su acción a través y en el Derecho) y cualifique tal condición como democrática y social (porque el poder-ordenamiento queda sujeto a una específica exigencia de legitimación). La caracterización constitucional global del Estado pretende así una concreta vincula-

ción de sociedad y Estado, de lo social y lo público: el Estado es poder creador del Derecho, pero democrático y social; por eso, el ordenamiento de ese Estado no es cualquiera, es el que está impregnado por un determinado orden de valores; orden de valores que, consecuentemente, el Estado debe propugnar (razón por la cual, a su vez, dicho Estado es, además de Derecho, democrático y social).

La apariencia de resultado y resultado claro que la conclusión así obtenida en una interpretación del precepto constitucional en su conjunto produce, se desvanece inmediatamente en cuanto se desciende a los elementos o piezas utilizados para construir la caracterización del Estado. Descendido el escalón, surgen dificultades de apreciable porte: ¿Qué significan, en concreto, las expresiones Estado de Derecho, Estado democrático, Estado social y valores del ordenamiento? La estrecha interrelación existente entre notas del Estado y valores del ordenamiento hace, a su vez, que ni las primeras ni los segundos puedan quedar suficientemente establecidos en su significado y alcance por separado e independientemente."

L. PAREJO ALFONSO: *op. cit.* págs. 40-41.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR

1. ¿Cómo interpreta Vd. la frase de I. SOTELO, donde afirma que nuestra Constitución es "de ruptura de la legitimidad con apoyo en la legalidad anterior? ¿De qué legitimidad y legalidad está hablando aquí el autor?
2. ¿Qué comentario crítico le sugiere el texto de BENDA incorporado en la Lectura 3.1?

5. EJERCICIOS CERRADOS

1. Cuando PECES-BARBA dice que los valores superiores son expresión de la moralidad mayoritariamente aceptada en el ámbito cultural y en el momento histórico en que es aprobada nuestra Constitución ¿a qué moralidad se refiere?

a) A la moral pública
b) A la moral positiva
c) A la moral crítica
d) A la moral pragmática

2. El acuerdo o consenso intersubjetivo sólo es posible si:

a) Responde a las necesidades del hombre
b) Responde a una racionalidad material fundada en el ser del hombre
c) Se apoya en el acuerdo mayoritario
d) Tiene como meta el bien común y la seguridad jurídica

3. Qué naturaleza o entidad tienen los valores superiores formulados en el art. 1.1:

a) Son puras idealidades
b) Sson opciones meta-jurídicas
c) Son realidades ideales
d) Son decisiones de voluntad del constituyente que expresan contenidos éticos extraídos de la sociedad

6. EJERCICIOS ABIERTOS

1. Argumente jurídicamente por qué, según STC 116/1987, los valores superiores del ordenamiento y los principios constitucionales pueden bastar para promover recursos o plantear cuestiones de inconstitucionalidad, mientras que la dignidad humana no puede ser objeto de recurso de amparo. Exponga las razones en uno y otro caso.
2. ¿Qué entiende el prof. FERNÁNDEZ-SEGADO por legitimidad, según el texto citado en la lectura 3.2? ¿Qué es para Vd. lá legitimidad?. Intente ofrecer su definición personal.
3. Justifique por qué nuestra Constitución está fundada en valores de naturaleza ética.
4. ¿Por qué cree Vd. que PAREJO ALFONSO, en el texto de la Lectura nº 4 piensa que son inescindibles el significado y de alcance las expresiones Estado de Derecho, Estado democrático, Estado social y valores del ordenamiento enunciados en el art. 1.1 CE?

QUINTA PARTE

TÓPICA JURÍDICA

FRANCISCO PUY MUÑOZ. *Universidad de Santiago de Compostela*

TEMA XLI

¿QUÉ ES LA TÓPICA JURÍDICA?

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Definiciones de la tópica jurídica.
II. Problemática de la tópica jurídica.
III. Contenido de la tópica jurídica y plan de exposición.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La tópica general es *un método que habilita al que lo usa para razonar, partiendo de opiniones que sean generalmente admitidas, acerca de cualquier problema que se le proponga, y que le capacita así mismo, cuando está defendiendo un argumento, para evitar decir algo que pueda estorbárselo.*

2. La tópica jurídica es *el repertorio donde un jurista, actor en un procedimiento, puede encontrar con comodidad y rapidez, cuando los necesita, aquellos tópicos (normas, sentencias, doctrinas, conceptos, argumentos, datos, temas, tesis, ejemplos) que su adversario aceptará de grado, posibilitando el ulterior consenso sobre la decisión deseada para el caso que provoca el conflicto, o la solución preferida para el problema que provoca el discurso.*

3. Los primeros problemas que plantea la tópica jurídica son estos diez: 1. El de su definición. 2. El de su consistencia. 3. El de su denominación. 4. El de la clase de problemas jurídicos que resuelve. 5. El del género de discurso jurídico para el que sirve. 6. El de la justificación del consenso tópico. 7. El de la razón de la plausibilidad tópica. 8. El de la causa del asentimiento tópico. 9. El de la determinación del grupo al que es común el lugar común tópico. 10. El del contenido tópico de la tópica jurídica.

4. No hay consenso generalizado sobre lo que debe contener un libro, un programa o un subprograma de tópica jurídica. Mas parece claro que, no siendo un arte autónomo, sino sólo un capítulo singular de la tópica general, lo que en él se debe enseñar como específico es el contenido de las principales *tópicas jurídicas existentes*, analizando cada una de ellas en cuanto a su valor, manejo y funciones.

5. Tópica jurídica estricta son tan sólo los *diccionarios jurídicos*, porque son los únicos libros que contienen tópicos jurídicos nada más, y que los presentan precisamente como tales tópicos.

6. Además de los diccionarios hay otros siete depósitos generales de tópicos jurídicos que presentan mezclas de tópicos jurídicos y no jurídicos en disolución variable, lo que hace aconsejable distinguir entre tres tópicas de alta concentración jurídica, que son la *doctrinal*, la *legal* y la *judicial*; y cuatro tópicas de baja concentración jurídica, que son la *historiográfica*, la *mítico-teológica*, la *literaria*, y la *mediática*.

7. Las principales tareas que plantea el conocimiento de esos grandes depósitos de tópicos jurídicos son estas tres: a) Definición de cada tópica parcial. b) Clasificación y descripción de sus principales tópicos. c) Valoración de su vigor persuasivo. Otras tareas importantes por su dimensión práctica son las relativas a facilitar su hallazgo o localización, y a aconsejar sobre condiciones de utilización, técnicas de manejo, aplicaciones más útiles, y aspectos similares.

3. LECTURA

"Tanto el repaso de la historia de la tópica en sus mismos orígenes, como el examen de las variantes de su recuperación en distintas disciplinas durante las últimas décadas, nos dejan ver una pluralidad de acepciones y utilizaciones. Esto conlleva que la mera invocación de la tópica como método, forma de pensamiento, o concepto teórico, no sea de por sí bastante para remitirnos a un cuerpo doctrinal homogéneo y de contornos inequívocos. De ahí la necesidad de que en cada caso se perfilen convenientemente los caracteres de la noción de tópica que se maneja y las funciones que está llamada a desempeñar en la respectiva teoría. La tópica jurídica de VIEHWEG y sus seguidores no puede sustraerse tampoco a esta exigencia, a la que, sin embargo, no responde de manera satisfactoria.

La descripción que VIEHWEG hace del *modo de pensar* tópico en el Derecho tiene sus ejes principales en las nociones de *problema* y *aporía*. Todo el edificio jurídico se explicaría en función de la necesidad de resolver problemas, casos concretos, pero a ello se suma, como circunstancia que confiere al trabajo jurídico su impronta particular y lo hace desembocar en la tópica, el hecho de que nunca encuentra con carácter definitivo, general e indiscutible la respuesta al interrogante que ante cada caso se plantea: qué sea lo justo aquí y ahora. Es lo que VIEHWEG llama la *aporía fundamental* de la disciplina jurídica.

Ese carácter discutible, *opinable*, de todas las soluciones posibles es el terreno abonado para un modo de actuar o un método en sentido débil, como es el de la tópica, que cifra su aportación esencial en ser vía para la propuesta de soluciones y de argumentos en pro o en contra de unas u otras, y base para el intercambio argumentativo de razones, con vistas al proceso dialógico que debe concluir en la decisión.

La insistencia en el *problema* o la *aporía fundamental* da pie a que se pueda ver en las tesis de VIEHWEG un punto de incoherencia o un contenido trivial.

Si a las citadas nociones se les asigna una dimensión ontológica, como corresponde a la inspiración que respecto de ellas toma VIEHWEG de la fenomenología de HARTMANN, nos encontramos con el dato chocante de que su pensamiento, marcadamente antiontologista y declaradamente antimetafísico en muchas ocasiones, tendría en su mismo núcleo un apoyo con estos caracteres.

Por contra, si las nociones mencionadas se privan de ese sentido *profundo*, la doctrina parece abocada a erigir en pilar lo que no es sino una afirmación poco menos que banal y perfec-

tamente evidente para cualquier doctrina que no quiera perderse en pura especulación gratuita: que mediante la práctica jurídica hay que resolver casos concretos, dándoles la solución más justa posible, aun cuando el acuerdo sobre la justicia perfecta sea un ideal inalcanzable".

GARCÍA-AMADO, Juan Antonio: *Teorías de la tópica jurídica* (Madrid, Civitas, 1988. 388 pp.) pp. 361-362.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. La tópica jurídica es un repertorio de lugares comunes u opiniones compartidas. Y también es el arte de buscar ahí tópicos, y de argumentar, convencer y disuadir con ellos. Y también es, aunque ya menos, la teoría que sistematiza, en cualquier aspecto la confección del repertorio, o el arte de usarlo, o el método de trabajo más adecuado para usarlo. Todo ello forma un continuo.

   Pero ¿cuál es el paso crucial de ese conjunto?

2. La tópica jurídica recibe también otras denominaciones como *retórica, dialéctica, ereusis, inventio, invención, inventiva, ars inveniendi praemissae, topología, casuística, escuela del derecho libre, pensamiento débil.*

   ¿Qué dimensiones o matices de la tópica sugieren esas denominaciones?

3. La tópica jurídica sirve por igual en todas las funciones de la experiencia jurídica: iurisnormativas, jurisdiccionales, jurisprudenciales, etc.

   Pero, ¿en todas por igual?

4. El consenso se funda en la regla de que ningún participante en una discusión será obligado a aceptar como indiscutible nada más que lo que se acuerde que lo es en el curso de la propia discusión.

   ¿Por qué se acepta esa regla casi siempre?

5. El consenso incluyente final se construye casi siempre sobre muchos consensos parciales excluyentes.

   ¿Por qué será?

6. La plausibilidad tópica se basa principalmente en la verdad de lo que se dice y en la veracidad del que habla.

   Qué será más importante ahí: ¿la verdad objetiva, o la veracidad subjetiva?

7. El asentimiento tópico, generalmente es evaluable racionalmente (incluso cuantificable) y por lo tanto es racional. Pero casi siempre depende también de una serie de variables (lingüísticas, psicológicas, estilísticas, etc.) casi siempre impregnadas de un muy alto contenido mágico.

   ¿A qué se deberá eso?

8. El arte tópica es tanto más útil cuanto los conflictos a que se aplica involucran a menos participantes.

   ¿Influye esto en la selección de los tópicos a usar?

9. Los diccionarios jurídicos son las tópicas jurídicas modelo en todas partes.

   ¿Por qué será así?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Dice GARCIA AMADO que "tanto el repaso de la historia de la tópica en sus mismos orígenes, como el examen de las variantes de su recuperación en distintas disciplinas durante las últimas décadas, nos dejan ver una pluralidad de acepciones y utilizaciones", dando a indicar que eso no es bueno.

   Independientemente de que lo sea ¿no es un fenómeno que afecta por igual a las otras teorías, argumentos y conceptos jurídicos?

2. Sugiere GARCIA AMADO que cuando una doctrina ofrece "convenientemente" perfilados "los caracteres de su noción" y "las funciones que está llamada a desempeñar", entonces y sólo entonces presenta un "cuerpo homogéneo" y unos "contornos inequívocos".

   ¿Es eso cierto en general? ¿Es razonable exigir a una doctrina que reúna los caracteres que ella misma rechaza como caracteres de una doctrina?

3. Según GARCIA AMADO, las nociones jurídicas de "problema" y "aporía" que usa VIEHWEG están inspiradas en "la fenomenología de HARTMANN", y por eso puede asignárseles "una dimensión ontológica", y eso "choca" con "el dato de que su pensamiento" se manifiesta "marcadamente antiontologista y declaradamente antimetafísico en muchas ocasiones".

   ¿De verdad hay contradicción en esas dos posiciones? ¿No hay forma de salvar su complementariedad? Suponiendo que la crítica sea consistente. Cuándo se contradice VIEHWEG, ¿cuando se manifiesta ontologista, o cuando se manifiesta antiontologista? Qué es más razonable, ¿renunciar a las teorías antiontologistas, o renunciar a aceptar la experiencia jurídica que ofrece la realidad machaconamente?

4. Según GARCIA AMADO, la proposición que afirma que "mediante la práctica jurídica hay que resolver casos concretos, dándoles la solución más justa posible, aun cuando el acuerdo sobre la justicia perfecta sea un ideal inalcanzable", constituye "una afirmación poco menos que banal y perfectamente evidente para cualquier doctrina que no quiera perderse en pura especulación gratuita".

   ¿Cuánto "poco menos" de banal es? ¿Cuánta es la perfección de su evidencia? Y si su ignorancia conduce a las doctrinas "a perderse en la pura especulación gratuita", ¿por qué hay tantas que la niegan, en su teoría y en su praxis, y efectivamente se pierden en la "pura especulación gratuita"?

5. Dice de paso GARCIA AMADO que la tópica jurídica es "un modo de actuar o un método en sentido débil que cifra su aportación esencial en ser vía para la propuesta de soluciones y de argumentos en pro o en contra de unas u otras, y base para el intercambio argumentativo de razones, con vistas al proceso dialógico que debe concluir en la decisión de un caso".

   ¿En cuál de las cuatro formas generales de entender la tópica jurídica que indica el tema se puede incluir esta posición?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Dictamine Ud. sin son discursos *dialécticos* o discursos *retóricos* cada uno de los que se listan a continuación:

a) Los discursos llamados comunicaciones aportados por los profesores a los congresos científicos.

b) Los discursos llamados de la Corona o de la Jefatura del Estado.
c) Los discursos llamados demandas y contestaciones pronunciados por los abogados en el proceso judicial.
d) Los discursos universitarios llamados lecciones magistrales.
e) Los discursos llamados oraciones pronunciados en los parlamentos.
f) Los discursos llamados sentencias leídas por los magistrados de los tribunales.

2. No todas las tópicas tienen el mismo contenido de tópicos jurídicos. Ordene Ud. las que se elencan a continuación poniendo en primer lugar la que tenga mayor densidad de ellos, y en último lugar la que tenga menor densidad de ellos.

a) Tópicas doctrinales
b) Tópicas historiográficas
c) Tópicas judiciales
d) Tópicas legales
e) Tópicas literarias
f) Tópicas mediáticas
g) Tópicas mítico-teológicas

3. Ordene Ud. de forma lógica los siguientes pasos del análisis tópico:

a) Aplicaciones más útiles de una tópica.
b) Clasificación de los principales tópicos que contiene una tópica.
c) Condiciones más favorables de utilización de una tópica.
d) Definición de una tópica respecto de otras tópicas.
e) Localización de ejemplares de una tópica.
f) Técnicas de manejo de una tópica.
g) Valoración del valor persuasivo de una tópica.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. La tópica jurídica puede concebirse correctamente de cuatro formas: como un *repertorio*, como un *arte*, como un *método*, y como sus *sistema*.
Determine Ud. cuál de ellas es la concepción que más le convence personalmente, y razone brevemente su opción (en un folio o en cinco minutos).

2. La *tópica jurídica* puede (pero no debe) confundirse con la *dialéctica jurídica*, con la *retórica jurídica*, con la *informática jurídica* y con la *simbólica jurídica*.
Arguya Ud. brevemente (en un folio o en cinco minutos) una razón al menos contra cada una de esas confusiones.

3. No hay consenso generalizado sobre lo que debe contener un libro, un programa o un subprograma de tópica jurídica.
Aporte Ud. al menos tres razones que expliquen tan perturbador fenómeno (brevemente: en un folio o en cinco minutos).

4. ¿Cuál es, según VIEHWEG, la *aporía fundamental* de la disciplina jurídica?
Fundamente Ud. su respuesta brevemente (en un folio o en cinco minutos).

5. VIEHWEG considera "un hecho" que la jurisprudencia "nunca encuentra con carácter definitivo, general e indiscutible la respuesta al interrogante que ante cada caso se plantea: qué sea lo justo aquí y ahora".

Argumente Ud. brevemente (en un folio o en cinco minutos), primero, la tesis que sostiene VIEHWEG con un caso u opinión que conozca; ilustre después con otro caso u opinión la tesis contraria; y finalmente razone si está de acuerdo Ud. con la tesis de VIEHWEG, o no [1].

[1] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

TEMA XLII

¿Qué es un tópico jurídico?

1. INDICE DEL TEMA

I. Tópicos, jurisprudencia y tópica jurídica.
II. Aproximación al concepto de tópico.
III. El concepto de tópico jurídico.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. Un tópico jurídico es una palabra, un principio, o una argumentación donde el jurista puede encontrar los argumentos idóneos con los que convencer a sus adversarios en un litigio actual o previsible, para que acepten sus propias propuestas, mandatos o reclamaciones, o para que se desdigan de las contrarias, y se comporten voluntariamente haciendo lo que se les pide, y no lo que tenían pensado hacer.

2. El contenido de un tópico jurídico puede ser cualquier cosa. Un concepto o una proposición. Una descripción o una norma. Un mandato o una prohibición. Una parábola o una historia.

3. Los tópicos jurídicos, y en general todos los tópicos, son conjuntos de datos comunicativos cuyo contenido comparten como consabido todos, o casi todos los intercomunicantes (por las razones que sean, que son generalmente varias y no una sola).

4. Los tópicos son así tantos que no es posible hacer un elenco de ellos. Lo que sí se puede hacer, en cambio, es agruparlos por familias en las que se pueda percibir una cierta comunidad de connotaciones respecto a contenido estructural, valor epistémico, reglas de manejo, campos de utilización y, sobre todo, lugar de hallazgo o localización.

5. Una posibilidad es la de coger como modelo una tópica general, antigua o moderna y "traducirla" en términos de lenguaje e interés jurídico. Con esta primera opción se puede elegir la *Tópica* de Aristóteles. Es una posibilidad muy excitante, dada la complejidad del sistema aristotélico; pero a la vez muy decepcionante, por lo limitado de su alcance. Es que los tópicos de la *Tópica* aristotélica son casi únicamente especulativos o descriptivos. Pero en el discurso jurídico tienen más importancia que esos, los otros, los tópicos prácticos: los principios, y en particular, los principios generales del Derecho.

6. Otra posibilidad es tomar como modelo una lógica deóntica moderna, como están haciendo algunos coetáneos. El problema ahora es que la tópica jurídica, por su propia naturaleza, trabaja básicamente con tópicos verbales o gramaticales; pero la lógica deóntica usa por su propia naturaleza tópicos numerales o aritméticos, los cuales interesan también al lenguaje y razonamiento jurídico: pero mucho menos que los otros; y en realidad, casi sólo interesan para aprender a descubrir las mil falacias que se suelen perpetrar en el discurso humanístico y normativo con los números y el cálculo.

7. Parece más razonable agrupar los tópicos a tratar en la tópica jurídica con el criterio de facilitarle al alumno de derecho la tarea de aprender a conocer, distinguir, criticar y valorar los tópicos jurídicos juntando los más afines entre sí por razón de su comunidad de origen o procedencia. De donde resulta la sencilla clasificación de los tópicos jurídicos en: *1. Tópicos jurisprudenciales o doctrinales. 2. Tópicos legales o codificados. 3. Tópicos judiciales o jurisdiccionales. 4. Tópicos historiográficos. 5. Tópicos sacros o mitos. 6. Tópicos literarios o poéticos. Y 7. Tópicos mediáticos o periodísticos.*

3. LECTURA

"El Derecho es un saber de palabras, y de libros hechos de argumentos y de conceptos. La técnica jurídica no es sino el dominio de los conceptos, y de su relación. El arte jurídico se reduce, en gran medida, a la perfecta y eficaz concatenación de los argumentos. Pero los conceptos encierran ya argumentos, pues no hay definiciones inocuas: ni siquiera lo son las aparentemente unívocas y absolutas. Los conceptos sirven a programas.

La retórica jurídica es el arte de usar la argumentación hablada o escrita, así como el conocimiento científico de ese arte. Incluye por tanto el estudio y el diestro manejo de los lugares (*loci* en latín, *topoi* en griego).

Los lugares son, por decirlo metafóricamente, las diversas flores en que va posando la abeja para hacer la miel de su discurso. En una perspectiva superficial, los lugares comunes o tópicos se confunden con simples ideas, temas, opiniones o razones frecuentemente invocadas. Pero los tópicos son más que eso. Como en la dialéctica (y los problemas jurídicos son dialécticos) la cuestión en disputa se tiene que asentar en algunas bases mínimamente comunes a las partes envueltas en la disputa, los tópicos dejan de tomarse como lugares que son comunes en el sentido de ser elementos de frecuente audición, para pasar a constituirse en aquellas bases comunes de que parten los litigantes al litigar. Los tópicos son así puntos firmes de apoyo para las partes en conflicto.

Las palabras de que tratamos aquí son lugares comunes que se califican como jurídicos porque pasan frecuentemente a las discusiones y argumentaciones jurídicas; son conceptos que a veces se aceptan y a veces se cuestionan, en el todo o en el modo, en una u otra de sus muchas veces múltiples versiones, y que acaban por ser parte de la base mínima de acuerdo que es siempre el lenguaje.

Aunque todos los conceptos seleccionados tienen valor tópico, existen muchos tópicos más que no han sido seleccionados. También en las relaciones de tópicos, se extrañan siempre defectos o excesos. No necesitamos disculpar unos u otros, pero sí es conveniente explicarlos Las ausencias se deben al hecho de que éste es un libro elemental que, además, ha sido concebido complementando a otro, el titulado *¡Pido justicia!* (*Peço justiça!*), y quisimos no redundar sobre lo tratado allí, aunque fuese mínimamente. Y como lo que abunda, además de no

perjudicar ni invalidar, como enseña un viejo tópico, se toma fundamentalmente con el mismo hecho, decidimos incluir palabras, conceptos y personajes que fueron enfocados en aquel manual, o invocados a propósito en este mismo libro. Lo hicimos porque los reconocemos también como tópicos en la práctica. Y porque es más práctico para los estudiantes tenerlos aquí a mano, en lugar de consultar enciclopedias, en las que naturalmente no se enfatizaría como aquí la importancia que tienen esos temas y nombres para el derecho.

Como es natural y sucede siempre, los tópicos aquí incluidos son bautizados como *jurídicos* fundamentalmente porque interesan a los juristas que los incluyen en sus estrategias discursivas; pese a que muchos de aquéllos no son exclusivos ni privativos de éstos. Los juristas se ha dicho que son médicos de la cultura, especialistas en la claridad y traductores universales. Por eso utilizan frecuentemente, además de sus propios conceptos, instrumentos verbales de otras proveniencias. Este tipo de tópica jurídica es por eso y sobre todo un conjunto de tópicos de los juristas, o tal vez mejor dicho, un conjunto de *tópicos de juristas*: por lo menos, de aquellos juristas que no se restringen al vocabulario monosilábico de una estricta jurisprudencia que, por quererse tan aislada y pura, deja serlo. Como todos sabemos, *saber sólo Derecho equivale a no saber ni Derecho (saber direito significa nem sequer saber direito).*

Por todo eso, este trabajo no pretende sustituir las enciclopedias o vocabularios especializados de ciencia jurídica, ni de las otras áreas que toca incidentalmente menos aún. Se trata, eso sí, de familiarizar al estudiante que se inicia en el Derecho con los grandes temas, problemas, perfiles y conceptos que entran en juego en este área, y a hacerlo de forma directa y sucinta a la vez, pero suficientemente explicada y ejemplificada. Y eso no se podría conseguir acudiendo a un simple glosario de muchas entradas de pocas líneas cada una".

CUNHA, Paulo Ferreira da: *Tópicos jurídicos* (2ª ed. revista, Porto, Edições Asa, 1995. 144 pp.) pgs. 3-4.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. Se afirma en el tema que un tópico jurídico es, en principio, un lugar común del lenguaje que interesa al jurista porque se lo encuentra repetidamente en su trabajo, y del que se tiene que hacer cargo la jurisprudencia por ese motivo.

   ¿Podría Ud. sugerir otros motivos de ese interés de los juristas por la tópica?

2. Toda filosofía del Derecho es tópica, cualquiera que sea el método que emplee, o el género literario en que se exprese su cultor, aunque él no se percate de ello.

   ¿Cómo defendería Ud. la idea de que esa tesis del tema es algo excesiva?

3. *Llamamos topoi,* decía ARISTÓTELES, *a las conclusiones dialécticas y retóricas.*

   Esta idea de Aristóteles ¿cómo aparece subsumida, si es que aparece, en la definición de tópico jurídico que da el Prof. PUY en el tema?

4. Los *topoi* (decía CICERÓN) *son lugares de donde se extraen los argumentos a usar en la demostración que hacen verosímiles las cosas dudosas.*

   Esta idea de CICERÓN ¿cómo aparece subsumida, si es que aparece, en la definición de tópico jurídico que da el Prof. PUY en el tema?

5. *Los tópicos* (decía TOMÁS) *son lugares comunes científicos relativos a un asunto en cuanto tal.*

   Esta idea de TOMÁS ¿cómo aparece subsumida, si es que aparece, en la definición de tópico jurídico que da el Prof. PUY en el tema?

6. *Tópicos teológicos* (decía Melchor CANO) *son los lugares de los que el teólogo puede extraer los argumentos idóneos, según desee probar sus propias conclusiones, o refutar las contrarias.*

   Esta idea de CANO ¿cómo aparece subsumida, si es que aparece, en la definición de tópico jurídico que da el Prof. PUY en el tema?

7. Según ORTEGA GASSET, *los tópicos son opiniones establecidas que imponen una coacción sin alma.*

   ¿Cómo se puede compaginar esa visión tan negativa con el hecho de que los tópicos sólo lo son cuando son aceptados por la mayor y mejor parte de los miembros del grupo?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. El Derecho es un saber de palabras, y de libros hechos de argumentos y de conceptos. La técnica jurídica es el dominio de los conceptos y de su relación. El arte jurídico se reduce, en gran medida, a saber realizar una perfecta y eficaz concatenación de argumentos.

   ¿No es esa visión demasiado conceptista?

2. Los conceptos encierran argumentos. No hay definiciones inocuas: ni siquiera lo son las aparentemente unívocas y absolutas. Los conceptos sirven a programas.

   ¿Se advierte usualmente esa carga programática de las descripciones?

3. La retórica jurídica es el arte de usar la argumentación hablada o escrita, así como el conocimiento científico de ese arte.

   ¿En qué sentidos se puede hablar de conocimiento científico de un arte?

4. La tópica es el estudio y el diestro manejo de los lugares (*loci* en latín), o tópicos (*topoi* en griego), en la argumentación.

   Entonces ¿qué es más, conocimiento o adiestramiento?

5. Los tópicos son aquellas ideas, temas, opiniones o razones de que parten los litigantes al litigar, por considerarlas ambos para ellos bases comunes firmes de su discusión, y que antes de empezarla sólo eran simples ideas, temas, opiniones o razones frecuentemente invocadas por todos.

   ¿Los litigantes fijan sus tópicos sólo al comienzo del litigio, o también durante todo su transcurso?

6. Los tópicos de que se ocupa una tópica jurídica son bautizados como *jurídicos*, fundamentalmente, porque interesan a los juristas que los incluyen en sus estrategias discursivas, pese a que muchos de aquéllos no son exclusivos ni privativos de éstos.

   Cuando se convierte en jurídico cualquier tópico (o cualquier cosa, en realidad): ¿cuándo dos individuos discuten por algo en la calle?, ¿cuando discuten el caso sus abogados en el foro? ¿cuando discuten la regla del caso los legisladores en el parlamento? ¿cuando discuten la doctrina de las reglas del caso los profesores en la academia?

7. Como disciplina académica la tópica jurídica pretende alcanzar un objetivo principal: familiarizar al estudiante de Derecho con los grandes temas, problemas, perfiles y conceptos que entran en juego en este área cultural de forma directa y sucinta, a la vez que suficientemente explicada y ejemplificada.

   ¿Tenía o no tenía razón ULPIANO cuando decía que el jurisprudente necesita tener noticia de todas las cosas divinas y humanas?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Según el Diccionario de la Real Academia Española (ed. de 1992), la palabra tópico tiene cinco significados

Subraye Ud. en la siguiente lista de seis, el que sobra (que está tomado de ESEVERRI HUALDE, Crisóstomo: «Diccionario etimológico de helenismos españoles», Burgos, Eds. Aldecoa, 3ª ed., 1979. 732 pp.):

a) Dícese de los lugares comunes de argumentación.
b) Expresión vulgar o trivial.
c) Lugar común que la retórica antigua convirtió en fórmulas o clichés fijos y admitidos en esquemas formales o conceptuales de que se sirvieron los escritores con frecuencia.
d) Medicamento externo.
e) Perteneciente a determinado lugar.
f) Relativo a la expresión trivial o muy empleada.

2. Ponga Ud. un ejemplo de cada una de las clases de tópicos que se indican a continuación, ordenadas por su sucesiva extensión y complicación:

a) De tópico palabra (atómica).
b) De tópico expresión (simple).
c) De tópico proposición (descriptiva).
d) De tópico principio (práctico).
e) De tópico argumento (condensado).

3. Enumere Ud. al menos una de las predicaciones tópicas que ARISTÓTELES denominaba de accidente.

4. Enumere Ud. al menos tres de las predicaciones tópicas que ARISTÓTELES denominaba de género.

5. Enumere Ud. al menos cinco de las predicaciones tópicas que ARISTÓTELES denominaba de propiedad.

6. Enumere Ud. al menos siete de las predicaciones tópicas que ARISTÓTELES denominaba de definición.

7. Según el Prof. DA CUNHA se debe considerar jurídico cualquiera tópico con tal de que interese hasta el punto de incluirlo en sus estrategias discursivas a los

a) Abogados
b) Jueces
c) Juristas
d) Legisladores
e) Notarios

Subraye la respuesta correcta.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **¿A qué puede referirse cualquier tópico?:**
   a) ¿A un lugar valioso?
   b) ¿A un lugar disvalioso?
   c) ¿A un lugar cualquiera?
   d) ¿A las tres cosas?
   Analice todas las hipótesis y razone brevemente su opción.

2. **Razone Ud. brevemente las diferencias que pueda apreciar entre**
   a) El concepto filosófico general de *tópico* y
   b) El concepto jurisprudencial especial de *tópico jurídico*.

3. **Enuncie Ud. al menos una razón que desaconseje la idea de elaborar la tópica jurídica sobre la falsilla de**
   a) La tópica general clásica aristotélica, o
   b) La tópica moderna deóntica.

4. **¿Qué tiene que ver con la tópica jurídica y con los tópicos jurídicos**
   a) El que los "conceptos jurídicos sirvan programas", o
   b) El que "no haya definiciones jurídicas inocuas"

5. **¿Por qué será que las "ideas, temas, opiniones o razones frecuentemente invocadas" son precisamente, y no otras, las que se convierten casi siempre en "puntos de apoyo firmes para las partes en conflicto"?**

6. **El Prof. DA CUNHA considera tópicos jurídicos no sólo los conceptos, sino también los personajes, reales o ficticios. De hecho, su libro estudia como tópicos a 17: ANTÍGONA, ARISTÓTELES, R. ARÓN, J. CALVINO, M. T. CICERÓN, A. COMTE, S. ISIDORO, I. KANT, J. LOCKE, M. LUTERO, C. MONTESQUIEU, J. J. ROUSSEAU, S. PABLO, S. TOMÁS, SHYLOCK, A. TOCQUEVILLE, Y D. ULPIANO.**

   Razone Ud. brevemente:
   a) La selección de sólo uno de ellos que a su juicio sea "el más merecedor de todos de la consideración de personaje tópico jurídico".
   b) La exclusión de la lista de uno que a su juicio sea "el menos merecedor de la consideración de personaje tópico jurídico".
   c) La tesis de que "ninguna persona humana debe ser considerada como un personaje tópico jurídico".

7. **El Prof. DA CUNHA cita de paso el brocardo portugués que dice: "*saber sólo derecho equivale a no saber ni derecho (saber direito significa nem sequer saber direito)*".**

   Enumere Ud. los significados posibles que se le ocurran del mismo (entrenándose para poder llegar a ser, como jurista, un "traductor universal" de ideas).

TEMA XLIII

TÓPICA JURÍDICA DOCTRINAL

1. INDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. Definición de la jurisprudencia doctrinal.
III. Clases de doctrinas jurídicas.
IV. Localización de libros doctrinales.
V. Contenidos materiales de las exposiciones doctrinales.
VI. Valor persuasivo: Citas y *auctoritas*.
VII. El manejo de las tópicas y tópicos doctrinales.
VIII. Qué problemas ayudan a resolver las doctrinas.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La *doctrina jurídica o jurisprudencia doctrinal* es el conjunto de enseñanzas y reglas de derecho que emergen de los escritos de los jurisconsultos que creen saber resolver algún problema jurídico y desean enseñar eso que saben a los demás escribiendo su saber y publicando esos escritos.

2. Los elementos simples de la harto compleja tópica jurídica doctrinal son tres: los *términos doctrinales*, las *proposiciones doctrinales* y los *argumentos doctrinales*. Los términos y las proposiciones doctrinales no se diferencian de sus congéneres no jurídicas, salvo en su aparición reiterada en el lenguaje jurídico. Los sistemas doctrinales jurídicos sí son subrayadamente específicos respecto a sus congéneres no jurídicos.

3. *Los principales depósitos* de doctrina jurídica elaborada y dispuesta para su consumo son tres: los *libros*, las *bibliotecas*, y los *ordenadores*.

4. *La mejor relación de áreas tópicas* jurídico doctrinales que se puede encontrar en cada país la ofrece la lista de asignaturas de los planes de estudios de las facultades de derecho de sus universidades literarias, hoy día generalmente jerarquizadas en tres estantes: troncales, optativas de *numerus clausus* (o quasi troncales) y optativas de *numerus apertus*.

5. El valor persuasivo de la doctrina se manifiesta en la cita y no depende de la potestad, sino de la autoridad de su creador. El valor persuasivo de la cita depende de la gracia expresiva del dicho, de la fama de la obra de que se toma, y de la autoridad de que goza la persona a la que se atribuye. La autoridad es un topos de calidad y de cantidad.

6. Los principales soportes de la tópica jurídica doctrinal son los que normalmente se denominan *dictámenes jurídicos, monografías jurídicas, manuales de derecho, o tratados de ciencia jurídica*. El vehículo más adecuado para expresar la tópica jurídica doctrinal es el *dictamen*.

7. Los problemas que mejor puede ayudar a resolver la doctrina jurídica, entre los que más frecuentemente se le plantean a un jurisprudente, son todos, aunque ayuda más en el establecimiento de los fundamentos de derecho, que en la averiguación de la historia de los hechos que suministra los fundamentos de hecho del dictamen.

3. LECTURA

"Así como el estudio del derecho en el plano filosófico tuvo su origen en la especulación helena, la ciencia jurídica europea continental es esencialmente de cuño romano. La inclinación pragmática del pensamiento romano, cuyos rasgos fundamentales en relación con el derecho venían constituidos por el sentido concreto de la experiencia jurídica, el culto por el derecho, y la respetuosa veneración de la justicia, se condensó en un saber jurídico positivo o jurisprudencia, que aunque se denominó ciencia, no fue en rigor ciencia (*episteme*) sino un saber técnico, artístico y prudencial, de carácter casuístico, tópico, y problemático, cuyas funciones fueron: *cavere*, o sea, ayudar y aconsejar al particular instruyéndole en los problemas jurídicos de la vida ordinaria; *respondere*, o sea, responder a consultas formuladas por los particulares y por los magistrados jurisdiccionales y jueces; y *agere*, o sea, abogar ante los jueces en favor de su cliente.

Como consecuencia de la expansión imperial romana y de la creciente complejidad técnica de la administración del imperio, así como de su progresiva burocratización, surgió la necesidad de formar grandes contingentes de juristas que ya no iban a ser los *iurisprudentes* de la época clásica, sino simples funcionarios y burócratas de la administración imperial. Para la formación de esa nueva clase de juristas, bajo la influencia del pensamiento helénico, y para hacer del *ius civile* un arte claro y fácil, se procedió a una racionalización de ese saber técnico, artístico y prudencial en que consistió la jurisprudencia clásica, el *ius civile*, articulándolo de forma sistemática y conceptual en géneros y especies, y definiendo a continuación cada noción. La primera sistematización del *ius civile* la llevó a cabo Quintus Mucius Scaevola. La más ambiciosa fue quizá la proyectada por Cicerón (*De iure civile in artem redigendo*). De este modo apareció la ciencia jurídica propiamente dicha: como resultado de un proceso de racionalización del saber técnico y prudencial. Fue una ciencia jurídica que se condensó en manuales (*instituta*) y tratados (*digesta*) y que se difundió a través de las escuelas de jurisprudencia que se crearon hasta las provincias más apartadas del imperio.

La aparición de esta ciencia supuso la degradación de la jurisprudencia clásica, y la conversión del saber jurídico en una modesta técnica a estudiar junto a la gramática y la retórica. Además, la naturaleza específica del derecho, su carácter *singular*, *movible* y *contingente*, puso en tela de juicio desde un principio la pretensión de la jurisprudencia de configurarse como una ciencia que tendría como objeto conocer de modo racional y sistemático el derecho y los fenómenos del mundo jurídico. El mismo Cicerón tuvo sus reparos respecto al carácter científico de aquélla: 'No puede ser digna una ciencia tan leve: porque su asunto es tan tonto que casi sólo se ocupa de la puntuación y de las letras de las palabras' (*dignitas in tam tenui scientia non potest esse; res enim sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae*). Lo cierto es que la jurisprudencia, a pesar de la dignidad con que la describió Ulpiano como 'ciencia de lo justo y de lo injusto extraída de las opiniones sobre todas las cosas divinas y humanas' (*humanarum atque divinarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*), apareció desde el mismo momento de su nacimiento envuelta en una nube de desprestigio, de impopularidad y de incomprensión; hasta el punto de que es raro encontrar en el mundo de la cultura una

alabanza al estudio y la práctica del derecho en boca de no juristas. De este modo, debido unas veces al carácter específico del derecho, y otras a las argucias, intrigas, corruptelas y chicanas de los hombres de toga, ha existido siempre una corriente de permanente repulsa al cultivo y la práctica del derecho. El estudio del derecho cuenta por esta razón en la opinión general con menos respeto, no sólo que las ciencias positivas, sino que cualquier otra de las denominadas ciencias del espíritu. Se desconfía de que la jurisprudencia pueda servir para algo, y se la juzga instrumento servil en manos de intereses profesionales y de clase, así como de las fuerzas políticas y de los grupos económicos. Lo más alarmante del problema es que ese desprestigio y esa desconfianza general hacia la ciencia del derecho no parece sólo en el ámbito del conocimiento vulgar, sino que alcanza grados de formulación más rigurosos, elevados y dignos, apareciendo en los más diversos géneros literarios y científicos. Palabras de incomprensión, de desconfianza y de crítica para la jurisprudencia encontramos en PETRARCA, ERASMO, VIVES, CERVANTES, QUEVEDO, RABELAIS, MONTAIGNE, PASCAL, LUCA, RACINE, GOETHE, TOLSTOI.

Pero esa corriente de desconfianza y desprestigio de la jurisprudencia no se proyectó sólo en la novela y el ensayo, en la tribuna y la escena, sino que incluso penetró en el pensamiento de los mismos hombres de derecho, adquiriendo consagración legal y formulación científica. Aquélla la encontramos en los estatutos proyectados por FEDERICO I de Prusia (1657-1701-1713, para la Academia de Ciencias de Berlín, en donde se proclamaba que el trabajo de la academia debía ser llevado a cabo *con absoluta exclusión de toda erudición de derecho civil.* La consagración científica la aportó Julius von KIRCHMANN en 1848 en su célebre conferencia sobre *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia...*

Actualmente la actitud crítica contra la jurisprudencia persiste, no sólo en el seno de la metodología científica en alguna de sus corrientes más novedosas (así p. e., el estructuralismo), sino en el sentir general de la sociedad que, ajena a la función insustituible que en la conservación, defensa y progreso del orden social desempeñan la justicia y el derecho, contempla complacida el asalto de la técnica a la vida pública, y aprueba la retirada de las humanidades y la jurisprudencia de ella".

MONTORO BALLESTEROS, Alberto: "Problemática, significación y posibilidades de la ciencia jurídica": *Problemas de la ciencia jurídica. Estudios en homenaje al Prof. Francisco Puy Muñoz* (M. Otero Parga, C. Rovira Flórez de Quiñones & M. Segura Ortega Coordinadores.) . *Tomo* 2 (Santiago de Compostela, Universidad, 1991. 496 pp.) 95-134. Cfr. pp. 95-99.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. La doctrina jurídica actual tiene una componente grande (no exclusiva, pero sí principal) de retórica y dialéctica: casi siempre es una tópica retórica y dialéctica en la mayor parte de su contenido.

   ¿Por qué se empecinan entonces, en general, los jurisprudentes actuales en sostener que la doctrina que emiten es ciencia, y no retórica, ni literatura?

2. Las doctrinas jurídicas (como las políticas, morales y económicas, es decir, todas las prácticas) dan lugar a *escuelas, corrientes o tendencias* que no se diferencian sólo por mantener tesis de fondo distintas y contrapuestas, sino también, y sobre todo, porque en ellas *se razona o argumenta de formas distintas y contrapuestas.*

   ¿Habrá relación de causa efecto entre ambos fenómenos?

3. Las bibliotecas jurídicas principales están en las propias sedes (públicas o privadas) de trabajo de los principales profesionales del derecho, bien considerados individualmente, bien agrupados en colegios o academias.

   ¿Es posible manejar con soltura los libros de cualquier biblioteca jurídica (incluida la propia) sin haber empleado muchas horas trabajando en muchas de ellas?

4. El plan de estudios de la carrera de derecho vigente en España actualmente no considera asignaturas troncales: a) el Derecho Autonómico (ni el regional, ni el local, ni el universitario, ni ninguno), b) ni el Derecho de los Partidos y las Asociaciones Políticas, c) ni el Derecho de Asociaciones (ni sindicales, ni patronales ni ningunas), d) ni el Derecho Militar, e) ni el Derecho Canónico, f) ni el Derecho de los Derechos Humanos.

   ¿Repercute ese hecho sobre la valoración de las correspondientes tópicas doctrinales?

5. En la actualidad, la jurisprudencia normativista sostiene que en el sistema romano germánico la doctrina científica no puede ser considerada fuente del derecho por imperativo legal y por precedente judicial; pero la jurisprudencia sociológica muestra que de hecho la doctrina profesoral goza de enorme autoridad en todos los ámbitos de la experiencia jurídica.

   ¿Cómo se pueden compaginar esas dos opiniones? ¿Cuál de ellas es más razonable?

6. El *dictamen* es un juicio asertivo, declarativo o decisivo complejo, emitido por uno o varios juristas orlados de autoridad reconocida, respondiendo a consulta expresa e individualizada sobre un caso en que cierta opinión jurídica aparece controvertida.

   ¿Cuántos dictámenes ha tenido Ud. ocasión de leer a lo largo de sus estudios de derecho? ¿Recuerda Ud. alguno que le haya causado especial impresión por su excelencia? ¿Ha hecho Ud. alguna práctica de redactar uno?

7. Uno de los instrumentos preciosos que suministra la doctrina para ayudar a los juristas a redactar fundamentos de hecho de sus casos es el constante relato de otros casos.

   ¿En qué aspectos cree Ud. que se puede manifestar tal ayuda?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. La ciencia jurídica europea continental, dice el Prof. MONTORO, es esencialmente de cuño romano, como sabiduría y como ciencia.

   ¿Hasta dónde llegará ese "esencialmente"?

2. La jurisprudencia romana clásica, aunque se denominó tardíamente ciencia, no fue en rigor ciencia (*episteme*) , según el Prof. MONTORO, sino un saber técnico, artístico y prudencial, de carácter casuístico, tópico, y problemático.

   ¿No será ese el auténtico significado de la palabra jurisprudencia?

3. La jurisprudencia ciencia, dice el Prof. MONTORO, se creó en el imperio para la formación de la nueva clase de juristas que necesitaba éste; para hacer del *ius civile* un arte claro y fácil, se racionalizó la nueva jurisprudencia ciencia que articulaba el *ius* de forma sistemática y conceptual en géneros y especies, y definía a continuación cada noción; la jurisprudencia ciencia supuso la degradación de la jurisprudencia clásica, y la conversión del saber jurídico en una modesta técnica a estudiar junto a la gramática y la retórica.

   ¿En qué sentido se puede consentir la tesis de que la equiparación a la gramática y a la retórica acarree una "degradación" de la jurisprudencia?

4. La jurisprudencia ciencia, dice el Prof. MONTORO, apareció desde el mismo momento de su nacimiento envuelta en una nube de desprestigio, de impopularidad y de incomprensión; hasta el punto de que es raro encontrar en el mundo de la cultura una alabanza al estudio y la práctica del derecho en boca de no juristas.

   ¿Conoce Ud. alguna excepción a esa regla tan ominosa para los que estudiamos jurisprudencia?

5. La sociedad actual, ajena a la función insustituible que en la conservación, defensa y progreso del orden social desempeñan la justicia y el derecho, contempla complacida el asalto de la técnica a la vida pública, y aprueba la retirada de las humanidades y la jurisprudencia de ella.
¿Se refiere el Prof. MONTORO también a la sociedad española?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. **Complete Ud. los incisos que faltan en el "modelo de argumentación jurídica" generalmente aceptado que ofrece el Manual:**
   a) .....
   b) Constatación de la voluntad que tienen los afectados por un conflicto de resolverlo (de determinada forma en su caso).
   c) .....
   d) Reflexión sobre la forma más idónea de concordar los anteriores elementos fácticos y mentales entre sí.
   e) .....
   f) Y recomendación expresa y razonada de la actuación ejecutiva a desarrollar de hecho
2. **El Manual ofrece una relación de las 24 escuelas o corrientes jurídicas doctrinales más notables que funcionaron en el siglo XX.**
   Enumere Ud. diez de ellas al menos.
3. **El Manual ofrece una relación de 17 disciplinas jurídicas integradas en la plan de estudios de derecho vigente en España en 2001.**
   Enumere Ud. diez de ellas al menos.
4. **Las funciones fundamentales de la jurisprudencia clásica fueron:**
   a) *cavere*, o sea,
   b) *respondere*, o sea,
   c) *agere*, o sea,
   Complete Ud. las explicaciones que faltan.
5. **Recuerde Ud. la definición ulpinianea de la jurisprudencia y haga lo siguiente:**
   a) Escríbala primero en latín:
   b) Escríbala después en romance:
   c) Y ahora justifique la traducción elegida frente a otras posibles que conozca.
6. **Julius von KIRCHMANN es uno de los jurisprudentes que mejor ha argumentado la naturaleza artística y no científica de la legislación, la jurisdicción y la jurisprudencia.**
   Haga constar el título de la obra más famosa en que lo hizo en 1848:
   a) Primero en el alemán original:
   b) Y después en castellano (gallego, catalán o vascuence):
7. **En la lectura se encuentra la palabra "chicana". Subraye Ud., entre los siguientes, el significado correcto de ese término en su acepción jurídica estricta:**
   a) Artimaña de mala fe utilizada en un pleito por una parte.
   b) Broma, chanza usada en el marco de una discusión para distraer al adversario.
   c) Ciudadana norteamericana perteneciente a la minoría de origen mejicano.
   d) Demanda muy corta o poco fundada.

e) Rehaño de corderos tardíos separados para vender aparte.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Escriba Ud. la cita del *Digesto* de JUSTINIANO que más le guste citar en sus discursos o escritos jurídicos, y razone su elección brevemente (en un folio o en cinco minutos).**

2. **Dejando de lado el *Digesto* de JUSTINIANO, nombre Ud. la obra de doctrina jurídica que más le gusta citar en sus discursos o escritos jurídicos, y razone su elección brevemente (en un folio o en cinco minutos).**

3. Se dice en el tema que la cita erudita oportunamente insertada en el discurso "provoca la simpatía del sabio y el temeroso asombro del ignorante".
   Diga Ud. si esa afirmación le parece verdadera o falsa, motivando en cualquier caso su propia posición.

4. Se lee en la lectura que "como consecuencia de la expansión imperial romana y de la creciente complejidad técnica de la administración del imperio, así como de su progresiva burocratización, surgió la necesidad de formar grandes contingentes de juristas que ya no iban a ser los *iurisprudentes* de la época clásica, sino simples funcionarios y burócratas de la administración imperial".
   Comente Ud. brevemente (en un folio o en cinco minutos) ese párrafo de la lectura fijándose especialmente en la tesis: "ya no iban a ser los *iurisprudentes* de la época clásica, sino *simples funcionarios y burócratas* de la administración".

5. Dice el Prof. MONTORO que "la aparición de esta (jurisprudencia) ciencia supuso la degradación de la jurisprudencia clásica, y la conversión del saber jurídico en una modesta técnica a estudiar junto a la gramática y la retórica.
   Resuma Ud. brevemente (en un folio o en cinco minutos) primero las razones que da el Prof. MONTORO para afirmar que la jurisprudencia tardía es una "degradación" de la clásica; y aporte Ud. después siquiera una razón para mostrar lo contrario: que la jurisprudencia tardía imperial supuso un "ascenso" respecto a la clásica republicana[2].

6. Dice el Prof. MONTORO que en la actualidad "se desconfía de que la jurisprudencia pueda servir para algo".
   ¿Ha visto Ud. alguna respuesta a esa acusación en la propia lectura o en el *Manual*? ¿Podría Ud. añadir alguna otra razón de su cosecha?

7. Dice el Prof. MONTORO que una de las causas de "desprestigio, incomprensión e impopularidad" que sufre la jurisprudencia es que "se la juzga instrumento servil en manos de intereses profesionales y de clase, así como de las fuerzas políticas y de los grupos económicos".
   ¿Tiene Ud. razones con que negar la acusación? ¿Tiene Ud. al menos razones con que negar la valoración? Es decir, argumente Ud. que el hecho de que la jurisprudencia pueda ser o sea "instrumento servil en manos de intereses profesionales y de clase, así como de las fuerzas políticas y de los grupos económicos" no debe acarrearle ningún "desprestigio, incomprensión o impopularidad".

---

[2] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

TEMA XLIV

TÓPICA JURÍDICA LEGAL

1. INDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. Definición de la tópica legal.
III. Principales clases de tópicos legales.
IV. Otras consideraciones.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La tópica legal es el conjunto de términos, proposiciones y argumentaciones utilizadas por todos los normadores en general para redactar y promulgar leyes restrictivas de la libertad de todos los miembros de un grupo social, de manera que, a pesar de ello, esos destinatarios las acepten y cumplan voluntariamente, y con los cuales los ciudadanos pueden exigir (ofensivamente) o sostener (defensivamente) una posición discutida en una lid jurídica, mostrándola desnuda de fuerza física, pero revestida del vigor metafísico de los mandatos, prohibiciones o permisiones establecidas en la selección de exigencias ónticas establecidas por la ley.

2. Los principales tópicos legales son siete: dos términos, las *leyes* y las *imposiciones*; dos proposiciones, las *definiciones* y los *principios*; y tres argumentaciones, las *normas*, las *recopilaciones*, y los *códigos*.

3. Los tópicos legales se localizan en las *Gacetas* o *Boletines Oficiales* donde se publican, y en las *Colecciones Legales* o *Repertorios legislativos*, donde se agrupan por series materiales y formales, por países y por fracciones de calendario.

4. Las áreas tópicas de materias regladas son potencialmente ilimitadas: los índices terminológicos de los repertorios legislativos de las culturas jurídicas maduras casi replican las entradas del correspondiente diccionario de la lengua.

5. El valor persuasivo de las leyes es una función variable de dos factores principales: la coacción con que conminan la obediencia, y la racionabilidad de los motivos que justifican sus mandatos. Pero en todo caso, el valor persuasivo es grande porque, prácticamente, es indiscutido.

6. La búsqueda de las normas atinentes a un caso es relativamente fácil (si se posee una mínima doctrina y práctica); la interpretación correcta de lo que dicen es algo más difícil; y lo más difícil de todo es la correcta subsunción de los hechos probados en los tipos legales, y viceversa.

7. La ley es el mejor de los tópicos cuando las dos partes en disputa la aceptan. Pero al litigante que no acepta una ley, su adversario lo tiene que persuadir de su razón con otros tópicos o discursos distintos que el legal. Y eso explica el hecho universal de que los haya, así como la mayoritaria convicción de que es necesario que los haya.

3. LECTURA

"Las *exposiciones de motivos* son la primera parte de la norma jurídica positiva escrita. Su función es fundamentar la norma. Y su valor, aclarar el sentido de lo ordenado en relación con las normas a las que acompañan, y en relación con la plenitud del ordenamiento jurídico.

Puesto que son la primera parte de la norma, sus límites vienen determinados por la propia norma promulgada. Y puesto que son norma positiva escrita, por la propia norma, tal y como ha sido publicada en la redacción oficial, en el caso de España en el *Boletín Oficial del Estado*. La exposición de motivos comienza con la titulación de la disposición, parte que es común para ella y para la parte dispositiva; y termina con la cláusula *ordeno*, *dispongo*, *decreto*, o similar, que sirve de enlace con la parte dispositiva.

Puesto que su función estriba en fundamentar la norma, el contenido de esta primera parte de la disposición tiene que encuadrar los argumentos conducentes a este fin, de forma tal que agote las posibilidades raciocinativas para hacer comprender al destinatario de la disposición, al súbdito, la necesidad de su promulgación. En este sentido, la exposición de motivos debe contener, por un lado, la descripción de los elementos de hecho originadores de la disposición que por su propia índole causan conflictos en el contorno social en que actúa el derecho positivo; y por otro, la descripción de las medidas adoptadas para tratar de solucionar los conflictos presentados.

Puesto que su valor está en aclarar el sentido de lo ordenado en relación con la norma a la que acompaña, y en relación con el ordenamiento jurídico general de un momento histórico dado, en un territorio, la exposición de motivos tiene un doble objetivo en su vertiente práctica: orientar a los tribunales de justicia, y servir de base de conocimiento de la disposición a los destinatarios de la norma.

La orientación de los tribunales de justicia la realiza la exposición de motivos por las razones siguientes: 1ª. Porque da el elemento más importante y directo para interpretar el sentido y alcance de la norma. 2ª. Porque por medio de la *mens legislatoris* da a conocer la *ratio legis*, elemento imprescindible para tratar de aplicar los elementos de derecho a los hechos controvertidos. 3ª Y porque con arreglo a ella pueden llenarse las lagunas que existen en algunos casos en la parte dispositiva de la norma sin romper el verdadero sentido del ordenamiento.

La exposición de motivos es la base para que los súbditos conozcan el derecho y la norma, porque en ella se muestra con lenguaje menos técnico el contenido de la disposición, y porque en ella aparece más claro el sentido de la norma, ya que lo que muestra no son reglas jurídicas concretas, sino la idea que ha presidido el conjunto de reglas a las que precede, reglas que son preceptos concretos sin un sentido lógico, si se las considera aisladamente.

De ello puede sacarse la conclusión general de que las exposiciones de motivos, aunque son una parte del derecho sobre la que la doctrina jurídica no ha realizado una función investigadora amplia, presentan una gran importancia para el jurista, y no sólo para él. En efecto, su razón de ser está, en última instancia, en el derecho que tienen todos los miembros de la comunidad a conocer el ordenamiento jurídico, y la incardinación en él de cada precepto en particular, conocimiento que sería en extremo difícil de alcanzar de no existir las exposiciones de motivos".

ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, Carolina: *Valor y función de las "exposiciones de motivos" en las normas jurídicas* (Santiago de Compostela, Universidad, 1972. 132 pp.) pp. 124-125.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. Los estudiosos del derecho suelen pensar y hablar dando por supuesto que el *discurso del legislador* es el *discurso jurídico todo*, o por lo menos el discurso jurídico sustantivo del que todos los demás dependen como adjetivos.
   ¿Es ello así? ¿Debe ser así?

2. La importancia de conocer la tópica legal deriva de que ese conocimiento facilita a los legisladores la redacción de leyes más comprensibles y aceptables, y a los operadores jurídicos la interpretación de las leyes más astuta y más favorable a sus clientes.
   ¿Es condición necesaria para ser un buen jurista el conocimiento de la tópica legal? ¿Es condición necesaria y suficiente?

3. La diferencia entre la posición legal y la ilegal es muy difícil de definir, así para el legislador cuando redacta su mandato, como para el operador o ciudadano que es su destinatario cuando la aplica.
   ¿De dónde proviene esa dificultad?

4. Hay doctores que opinan que la ciencia de la legislación puede llegar a encontrar científicamente las fórmulas o los modelos matemáticos de las leyes perfectas.
   ¿Qué tiene esa opinión de verosímil? ¿Y de inverosímil?

5. Casi todos los tópicos de casi todas las tópicas legales tienen una doble cara, y por eso son susceptibles de una interpretación favorable y otra adversa.
   ¿Vale eso también para los términos legales? ¿Y también para las reglas legales? ¿Y quizá también para las leyes y los códigos?

6. En la actualidad se sobrevalora el valor persuasivo de la coacción que comportan las cláusulas punitivas de las leyes, y se minusvalora el valor persuasivo de la fundamentación que ofrecen las exposiciones de motivos de ellas.
   ¿Qué tiene ese hecho de plausible? ¿Y de vituperable?

7. Cada vez se desarrolla más la información normativa por medios virtuales.
   ¿Qué ventajas y qué inconvenientes ofrecen la información normativa convencional y la virtual?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. La primera función que cumplen las exposiciones de motivos, según la Prof. ROVIRA, es la de fundamentar la norma escrita cuyo texto inician.
   ¿Cómo pueden cumplir mejor las exposiciones de motivos esa función de fundamentar la norma? ¿Puede fundamentarse una norma a sí misma? ¿Lo puede hacer fuera de la exposición de motivos?

2. La segunda función que cumplen las exposiciones de motivos, según la Prof. ROVIRA, es la de aclarar el sentido de lo ordenado en relación con la norma a la que acompaña, y en relación con el ordenamiento jurídico general de un momento histórico dado, en un territorio.
¿Cómo pueden cumplir mejor las exposiciones de motivos esa función de aclarar el sentido de lo ordenado en la norma? ¿Puede interpretarse una norma a sí misma? ¿Lo puede hacer fuera de la exposición de motivos?

3. La exposición de motivos o preámbulo legal es un gran tópico jurídico.
Pero ¿qué clase de tópico es: terminológico, proposicional, argumentativo?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. **¿En que se diferencian los tópicos ley y legal?**
2. **¿En qué se diferencian los tópicos legalidad, legitimidad y lealtad?**
3. **¿En que se diferencian los tópicos legislación y legislador?**
4. **¿En que se diferencian los tópicos legítima y legitimación?**
5. **Considerando la ley un tópico positivo nombre Ud. al menos tres antitopos del mismo.**
6. **¿En que se diferencian los tópicos ley, definición legal, y principio legal?**
7. **¿En que se diferencian los tópicos definición legal, y discurso legal?**

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Reproduzca Ud. el texto de tres definiciones legales que conozca, y argumente brevemente (en un folio o en cinco minutos) su calificación de tales.**
2. **Ponga Ud. un ejemplo de redefinición legal y razone su opción brevemente (en un folio o en cinco minutos).**
3. **Ponga Ud. un ejemplo de definición legal estipulativa y razone su opción brevemente (en un folio o en cinco minutos).**
4. **Reproduzca Ud. el texto de tres principios generales del derecho que conozca y argumente brevemente (en un folio o en cinco minutos) su calificación de tales.**
5. **Reproduzca Ud. el texto de un principio general constitucional que conozca y argumente brevemente (en un folio o en cinco minutos) su calificación de tal.**
6. **Enumere Ud. las quince agrupaciones significativas del discurso legal denominado Constitución Española de 1978 y describa sumariamente (en un folio o en cinco minutos) el contenido de cada una de ellas.**
7. **Comente Ud. brevemente (en un folio o en cinco minutos) esta tesis: "Tópicamente considerada, la *coacción* es (como revela su etimología) la invocación discursiva del miedo".**

TEMA XLV

TÓPICA JURÍDICA JUDICIAL

1. INDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. Definición de la tópica judicial.
III. Clases de tópica judicial.
IV. Contenido y valor persuasivo de la tópica judicial.
V. Utilización de la tópica judicial.
VI. Localización de la tópica judicial.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. *Lato sensu*, la tópica judicial es el conjunto de los escritos de cualquier lugar o de cualquier tiempo emanados de los jueces, en el ejercicio de su cargo; y en especial, el núcleo de los principales de ellos, que son las sentencias, decisiones o fallos. *Stricto sensu*, la tópica judicial es la tópica terminológica, proposicional y argumental incluida en las sentencias y demás escritos despachados de oficio por un determinado universo convencional de jueces.

2. La terminología jurídica de los jueces es formalmente la misma que la de los legisladores, en teoría; pero en la práctica, es materialmente diferente porque ellos modifican la terminología legal a través de sus propias interpretaciones adaptándola a la que usan otros jueces superiores (los que pueden casar sus sentencias).

3. Además de los principios legales, los jueces usan otros privativos suyos que son los *estilos de la curia*. Los estilos son principios normativos propios de una audiencia, asentados en sus costumbres, fueros, usos y prácticas, que establecen en ella regalías que no se permiten en otras audiencias, y que deben observarse sin perversión.

4. El argumento tipo del juez es la *sentencia*. Como *concepto técnico*, la sentencia es un acto procesal de decisión por el que un órgano jurisdiccional emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de una pretensión procesal con el ordenamiento jurídico aplicable, y decide su satisfacción o denegación, poniendo término al proceso de cognición. Como *tópico retórico*, la sentencia es una decisión judicial que corta definitivamente un litigio en primera, intermedia o definitiva instancia.

5. Los prototipos de la tópica judicial actual en España son las colecciones de sentencias formadas por decisiones:

1. De política internacional de la Asamblea de Naciones Unidas actuando en procedimientos parajudiciales.

2. De las cortes de justicia de jurisdicción planetaria.
3. De la Corte Europea de Justicia.
4. De la Corte Europea de Derechos Humanos.
5. De amparo del Tribunal Constitucional.
6. De inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional.
7. De conflictos de competencia del Tribunal Constitucional.
8. De las salas de lo civil de la jurisdicción ordinaria.
9. De las salas de lo penal de la jurisdicción ordinaria.
10. De las salas de lo contencioso-administrativo de la jurisdicción ordinaria.
11. De las salas de lo social o laboral de la jurisdicción ordinaria.
12. De las salas de lo militar o castrense de la jurisdicción ordinaria.
13. De las salas de conflictos de jurisdicción.
14. De las salas de conflictos de competencia jurisdiccional.
15. De las salas de conflictos *sui generis*, o extravagantes.
16. De la jurisdicción canónica o rotal.
17. Y de las cortes arbitrales.

6. El valor persuasivo de la tópica judicial estriba sustancialmente en la autoridad que los litigantes le reconocen al juez o árbitro. Y para que ésta se reconozca es preciso que los justiciables vean al juez, más que como un funcionario:

a) como un *jurisprudente*, o sea, una persona visionaria o pre-visora, y por eso pro-visora o remediadora de su problema;

b) como un titular de *jurisdicción*, o sea, como una persona persuasiva que al decir el derecho convence a los litigantes con buenas razones;

c) o bien, como un hombre *justo*, o sea, que tiene la habilidad de saber volver a enderezar los derechos que se habían torcido o caído.

7. Los principales depósitos inmuebles de tópica judicial son las *secretarías y archivos* de los juzgados, audiencias y tribunales de toda índole. Los depósitos muebles de tópica judicial son los *repertorios de jurisprudencia de los tribunales* que mantienen vivos todos ellos, al menos los de última instancia, en edición aneja a los boletines oficiales legislativos, o por convenio con editoriales particulares. Nunca es fácil el hallazgo de sentencias concretas o con contenido determinado que encajen bien como precedentes del caso que motiva la búsqueda. Pero el esfuerzo que se hace para encontrarlas se ve casi siempre recompensado con creces, porque el empleo de la tópica judicial es siempre muy rentable, así en la dialéctica jurídica judicial, como en la extrajudicial.

3. LECTURA

"Entre los fundamentos que llevan a la necesidad de motivar las resoluciones judiciales denominadas *sentencias* están éstos:

1.º Si la norma opera sobre *la realidad social*, al aplicarla al caso concreto hay que hacerlo de manera adecuada, para lo que es necesario precisar su contenido, consecuencias y alcance, lo que adentrado en el área jurisdiccional es lo que hace que la resolución definitiva sea motivada.

2.º La labor del juez al juzgar ha de tender ineludiblemente a garantizar efectivamente *el imperio de la ley*, y dicho imperio en cada caso concreto ha de ser explicado, y esa explicación pasa inexorablemente por una argumentación o motivación que justifique que en dicho caso concreto ha existido una perfecta adecuación de lo jurídico al orden real o de la praxis.

3.º Desde un punto de vista estadístico, la encuesta indica que los jueces españoles, en su mayoría, estiman que lo que predetermina en su ánimo la sentencia a dictar en cada caso concreto proviene, por este orden, de la ley escrita, de la percepción de lo justo en cada caso concreto, del sentido común, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; por lo que en todo caso esas predeterminaciones tienen que ser explicadas al justiciable, motivándolas.

4.º Asimismo, la motivación de la sentencia es un dato indicador del grado de *formación y conocimiento del juez al dictarla*. Pues la motivación de la sentencia será siempre un reflejo fidedigno de un conocimiento suficiente del derecho, así como de otras materias del área cultural del humanismo que servirán para calibrar el nivel cultural e intelectual del juez sentenciador.

5.º[3] La motivación de las sentencias, considerada desde un punto de vista constitucional (Sentencias del *Tribunal Constitucional* de 11.07.83, 17.02.85, 27.06.86, 13.10.86 y 10.02.87, entre otras), tiene carácter de derecho fundamental del ciudadano, y así lo establece el artículo 24.1º de la Constitución Española que consagra el derecho a una resolución fundada en derecho (con mayúscula); lo que corrobora el artículo 120.3º de dicho cuerpo legal; todo ello sirve para elevar a rango constitucional dicha motivación, que antes era un imperativo legal simple.

6.º Asimismo, el *Tribunal Supremo* ha dicho (STS de la Sala Primera de 10.04.84), que las sentencias deben ser motivadas, expresando las razones de hecho y de derecho que las fundamentan por exigencia de la Constitución y de la legislación procesal ordinaria, aunque a ello no se opone la parquedad o brevedad de los razonamientos. También establece la STS de la Sala Segunda de 12.05.1986 que el juzgador tiene que detallar las líneas generales del razonamiento que le llevan al fallo. Ahora bien, la motivación siempre ha de ir acompañada de una técnica gramatical correcta, con el mejor estilo literario posible, huyendo siempre en la redacción del barroquismo, el fárrago, la dispersión, el mimetismo, el lenguaje confuso o equívoco, reiterativo o superfluo, lo que no concuerda con la regla ideal de una buena motivación de la sentencia.

7.º Relacionado con la motivación de la sentencia hay que resaltar las formalidades que la misma requiere, y así se conecta con el artículo 248.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dice: *se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados en su caso, los fundamentos de derecho, y por último el fallo*. Este artículo tenía sus precedentes: en el área civil, en el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el área penal, en el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y en el área laboral, en el artículo 8 de la Ley de Procedimiento Laboral".

Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio: "Motivación de las sentencias penales": *El poder judicial en el conjunto de los poderes del estado y de la sociedad* (Cristina Alberdi Alonso Coordinadora. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1986, Paracuellos del Jarama, Closas-Orcoyen, 1990. 296 pp.) 43-46, pp. 44-45.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. Los jueces, en general, leen poca literatura no jurídica, La mayor parte de su menú literario lo constituyen otras sentencias. Existe un grave deterioro léxico en el reciente discurso judicial. Los jueces del año 2000 han olvidado que la justicia judicial es, lo primero de todo,

[3] El autor sólo numera los cuatro primeros párrafos.

palabra que decide, y que para decidir bien, así como el cirujano ha de tener afilado el bisturí, el juez ha de tener a punto el *filo de la palabra*, que es la *exactitud significativa*.

¿Provendrá ese defecto ya de la facultad de derecho? ¿Leo yo mucha literatura jurídica y general? ¿Consulto frecuentemente el diccionario de la lengua?

2. Leyendo decisiones judiciales actuales, *produce auténtico desasosiego la puntuación preterida, el léxico despreciado, la sintaxis torturada y la ortografía maltratada. Es muy triste ver autos y sentencias donde la palabra se atrofia, la argumentación resulta tortuosa, y en consecuencia el fallo un jeroglífico. No atajar esta sarta de insensateces dará lugar, sin duda alguna, a consecuencias muy graves.*

   De nuevo: ¿Es correcta esa descripción de hechos? ¿Es correcta la valoración de los mismos? ¿Es razonable la previsión pesimista?

3. (Ciudadanos): 1. "Este tribunal ha pronunciado en nombre del rey la siguiente sentencia en el recurso presentado por don A, representado por el procurador don B, bajo la dirección del abogado don C, e impugnado por el ministerio fiscal y don D, representado por el procurador don E, bajo la dirección del abogado don F, siendo ponente el magistrado don G.". 2. I. Antecedentes ("Ocurridos estos y estos hechos materiales y procesales, las partes, apoyándose en estas y estas normas han elevado estas y estas peticiones concluyentes"). 3. II. Fundamentos jurídicos ("El tribunal ha analizado las normas invocadas una a una en cuanto a la pertinencia o impertinencia de su aplicación a los hechos probados"). 4. Fallo. "En atención a todo lo expuesto, el tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución de la nación española, ha decidido otorgar estas y estas pretensiones, y denegar las demás restantes. Publíquese esta sentencia.". 5. "Fue dada en Z a tantos de tantos de tantos, y firmada y rubricada por todos los miembros del tribunal".

   En ese discurso unos pasos van del es al es, otros del debe al debe, y otros del es al debe: ¿dónde se dan dichos pasos?

4. Dos cosas están dañando especialmente la autoridad de los jueces (y el valor persuasivo de la tópica judicial): a) Que el legislador señale de modo abstracto y universal mediante la ley la persona del juez de oficio, amparándose en la presunción *iuris tantum* de que la no recusación por las partes del juez concreto equivale a su aceptación animosa. b) Y que muchos jueces no razonen suficientemente sus decisiones mirando a convencer a las dos partes, especialmente a la menos satisfecha en su pretensión.

   ¿Cómo se podrían resolver esos problemas?

5. La fuerza persuasiva de la tópica judicial y la autoridad del juez se mantienen cuando aquélla brilla en cada uno de los escritos que evacua éste cuando está juzgando. No puede perdurar, en cambio, apoyándose en otros motivos como la posesión de diplomas, oposiciones, cursillos, ni *master*. Ni tampoco coexistiendo con el ejercicio de otras funciones jurídicas no judiciales, aunque sean compatibles, como son las pedagógicas, las asesoras o las políticas. Ni tampoco alimentándose de la publicidad por la vía del estrellato mediático...

   ¿O sí?

6. La fuerza persuasiva de la tópica judicial y la autoridad del juez se mantienen mejor cuando el juez *dice* el derecho de viva voz, en lugar de por escrito, o en lugar de *callarlo*; y decaen cuando el juez actúa ejecutando con prepotencia y a la chita callando, escribiendo y actuando por agentes...

   ¿O no?

7. La fuerza persuasiva de la tópica judicial y la autoridad del juez se mantienen mejor cuando el juez *hace justicia* ejecutando. No basta con declarar el derecho. Hay que entregar la cosa a su propietario. Hacer justicia es volver a poner en posición vertical algo que una conducta dolosa puso antes en posición inclinada, tambaleante o postrada. Cuando eso no ocurre, la fuerza persuasiva de la tópica judicial y la autoridad del juez se debilitan; y en el límite, desaparecen.
¿Por qué?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Motivar la decisión judicial en relación con *la realidad social* significa, por lo menos, según D. Ignacio SIERRA, precisar el contenido, consecuencias y alcance de la norma en el caso concreto.
¿Qué significa ahí el tópico terminológico *contenido*? ¿Qué significa ahí el tópico terminológico *consecuencias*? ¿Qué significa ahí el tópico terminológico *alcance*?

2. Motivar la decisión judicial en relación con *el imperio de la ley* significa, por lo menos, explicar que en el caso concreto existe una perfecta adecuación de lo jurídico al orden real o de la praxis.
¿Que significa ahí el tópico terminológico lo *jurídico*? ¿Qué significa ahí el tópico expresivo *imperio de la ley*? ¿Qué significa ahí el tópico expresivo *orden real o de la praxis*?

3. Los jueces españoles, en su mayoría, estiman que lo que predetermina en su ánimo la sentencia a dictar en cada caso concreto proviene, por este orden, a) de la ley escrita, b) de la percepción de lo justo en cada caso concreto, c) del sentido común, y d) de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
¿Será ese el orden real de fundamentación? ¿No podría ser, p. e., este otro: a) Percepción de lo justo en cada caso concreto, b) dictado del sentido común, c) mandato de la ley escrita, d) interpretación del Tribunal Supremo?

4. La motivación de la sentencia es un dato indicador del grado de *formación y conocimiento del juez al dictarla.*
¿Cómo refleja el texto de la decisión judicial la presencia o la carencia de un conocimiento suficiente del derecho en su redactor? ¿Cómo refleja el texto de la decisión judicial el nivel cultural e intelectual del juez sentenciador?

5. Según el magistrado SIERRA, "la motivación de las sentencias tiene carácter de derecho fundamental del ciudadano, y así lo establece el artículo 24.1º de la Constitución Española que consagra el derecho a una resolución fundada en Derecho (con mayúscula) lo que corrobora el artículo 120.3º de dicho cuerpo legal". El artículo 120 manda expresamente la motivación; pero el artículo 24 no la nombra para nada.
¿Es razonable asumir a derecho fundamental un derecho que no figura entre los que establece el título primero de la Constitución sólo porque lo diga el Tribunal Constitucional?

6. Según el magistrado SIERRA, "la motivación siempre ha de ir acompañada de una técnica gramatical correcta, con el mejor estilo literario posible, huyendo siempre en la redacción del barroquismo, el fárrago, la dispersión, el mimetismo, el lenguaje confuso o equívoco, reiterativo o superfluo, lo que no concuerda con la regla ideal de una buena motivación de la sentencia".
¿Incurre este argumento en los mismos defectos que critica?

7. El artículo 248.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dice que las sentencias *se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados en su caso, los fundamentos de derecho, y por último el fallo.* En la lectura se dice que "las formalidades" exigidas por ese precepto están "relacionadas" con "la motivación de la sentencia".
¿Cómo se hace compatible todo eso?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. El estilo de la curia puede encontrarse establecido en:

a) Una costumbre.
b) Un fuero.
c) Una ley.
d) Una práctica.
e) Un uso.

Marque Ud. la fuente errónea.

2. El discurso típico judicial es

a) El auto.
b) El fallo.
c) La providencia.
d) La sentencia.
e) El veredicto.

Marque Ud. la respuesta correcta.

3. La Memoria del Tribunal Supremo del año 1999 reflejaba las cifras de demora judicial que contenían todas sus salas. A continuación se seleccionan cinco salas y se dicen en orden distinto las cinco cifras que les correspondían:

I. Civil.
II. Penal.
III Contencioso Administrativo.
IV. Social.
V. Militar.
a) 167.
b) 3.470.
c) 6.347.
d) 11.740.
e) 23.017.

Atribuya Ud. a cada Sala la cifra de asuntos pendientes que padecía.

4. Sustituya Ud. el orden alfabético de la siguiente lista de los elementos que articulan la sentencia judicial, por el debido orden lógico:

a) Antecedentes.
b) Escatocolo.

c) Fallo.
d) Fundamentos.
e) Protocolo.

5. **Las diversas formas de denominar la administración de justicia, de las cuales se citan tres, enfatizan etimológicamente su autoridad por referencia a otras tantas virtudes o capacidades apreciadas de forma preferente que también se citan.**

A) *Jurisdicción* es la capacidad de
B) *Jurisprudencia* es la capacidad de
C) *Justicia* es la capacidad de
   a) *actuar* acertadamente sobre el futuro real de un derecho
   b) *predecir* acertadamente el futuro que tendrá un derecho
   c) *prever* acertadamente el futuro que le espera a un derecho

Atribúyase a cada denominación la virtud o capacidad que le corresponde.

6. **Según el magistrado Sierra, "los jueces españoles, en su mayoría, estiman que lo que predetermina en su ánimo la sentencia a dictar en cada caso concreto proviene" de cuatro causas que se producen por un determinado orden de sucesión. Vuelva Ud. a poner por el mismo orden esas causas o motivos que aquí han sido reducidas al orden alfabético:**

a) Jurisprudencia del Tribunal Supremo.
b) Ley escrita.
c) Percepción de lo justo en cada caso concreto.
d) Sentido común.

7. **La motivación de las sentencias está expresamente mandada en España en artículos concretos de diversos códigos. Atribuya Ud. cada artículo al código que le corresponde, en el marco de las dos listas siguientes:**

A) Constitución Española.
B) Ley de Enjuiciamiento Civil.
C) Ley de Enjuiciamiento Criminal.
D) Ley Orgánica del Poder Judicial.
E) Ley de Procedimiento Laboral.
   a) Artículo 8.
   b) Artículo 120.3º.
   c) Artículo 142.
   d) Artículo 248.3º.
   e) Artículo 372.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Exponga Ud. brevemente (empleando un folio o cinco minutos, nada más) las tres causas más operativas que estén produciendo, a su juicio, la actual reapreciación de la tópica judicial que se observa en la Unión Europea y en España.**
2. **"Derecho es lo que aprueban los jueces". Exponga Ud. brevemente (empleando un folio o cinco minutos, nada más) los dos argumentos que encuentre Ud. más convincen-**

tes: uno para defender la tesis expresada en ese famoso dictum de D. Álvaro D'Ors; y otro para impugnarla[4].

3. Exponga Ud. brevemente (empleando un folio o cinco minutos, nada más) las tres causas más operativas que estén produciendo, a su juicio, la actual degradación de la calidad expresiva de las sentencias y demás decisiones que emanan los jueces actuando de oficio.

4. Los siete párrafos numerados del texto de D. Ignacio Sierra establecen otros tantos fundamentos que llevan a la necesidad de motivar las resoluciones judiciales denominadas *sentencias*. Explique Ud. con otras palabras el significado del fundamento contenido en el párrafo 1º, razonando los motivos que le parecen aceptables y los que le parecen rechazables. Todo ello, brevemente (en un folio o cinco minutos).

5. Los siete párrafos numerados del texto de D. Ignacio Sierra establecen otros tantos fundamentos que llevan a la necesidad de motivar las resoluciones judiciales denominadas *sentencias*. Explique Ud. con otras palabras el significado del fundamento contenido en el párrafo 2º, razonando los motivos que le parecen aceptables y los que le parecen rechazables. Todo ello, brevemente (en un folio o cinco minutos).

6. Los siete párrafos numerados del texto de D. Ignacio Sierra establecen otros tantos fundamentos que llevan a la necesidad de motivar las resoluciones judiciales denominadas *sentencias*. Explique Ud. con otras palabras el significado del fundamento contenido en el párrafo 3º, razonando los motivos que le parecen aceptables y los que le parecen rechazables. Todo ello, brevemente (en un folio o cinco minutos).

7. Los siete párrafos numerados del texto de D. Ignacio Sierra establecen otros tantos fundamentos que llevan a la necesidad de motivar las resoluciones judiciales denominadas *sentencias*. Explique Ud. con otras palabras el significado del fundamento contenido en el párrafo 4º, razonando los motivos que le parecen aceptables y los que le parecen rechazables. Todo ello, brevemente (en un folio o cinco minutos).

8. Los siete párrafos numerados del texto de D. Ignacio Sierra establecen otros tantos fundamentos que llevan a la necesidad de motivar las resoluciones judiciales denominadas *sentencias*. Explique Ud. con otras palabras el significado del fundamento contenido en el párrafo 5º, razonando los motivos que le parecen aceptables y los que le parecen rechazables. Todo ello, brevemente (en un folio o cinco minutos).

9. Los siete párrafos numerados del texto de D. Ignacio Sierra establecen otros tantos fundamentos que llevan a la necesidad de motivar las resoluciones judiciales denominadas *sentencias*. Explique Ud. con otras palabras el significado del fundamento contenido en el párrafo 6º, razonando los motivos que le parecen aceptables y los que le parecen rechazables. Todo ello, brevemente (en un folio o cinco minutos).

10. Los siete párrafos numerados del texto de D. Ignacio Sierra establecen otros tantos fundamentos que llevan a la necesidad de motivar las resoluciones judiciales denominadas *sentencias*. Explique Ud. con otras palabras el significado del fundamento contenido en el párrafo 7º, razonando los motivos que le parecen aceptables y los que le parecen rechazables. Todo ello, brevemente (en un folio o cinco minutos).

---

[4] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

TEMA XLVI

TÓPICA JURÍDICA HISTORIOGRÁFICA

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. Definición de la tópica jurídica historiográfica.
III. Clases de tópica jurídica historiográfica.
IV. Valor persuasivo de la tópica jurídica historiográfica.
V. Utilización de la tópica jurídica historiográfica.
VI. Localización de la tópica jurídica historiográfica.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. Tópica jurídica historiográfica es el conjunto de tópicos jurídicos terminológicos, proposicionales y argumentales contenidos en el conjunto de los escritos que se denominan crónicas, historias, o términos afines, y muy especialmente las clases de ellos denominadas historia del derecho (de la legislación), historia de las instituciones jurídico-políticas, historia de las ideas jurídico-políticas, y biografías de juristas.

2. Los principales tópicos que aporta la historiografía al derecho son tres: *historia*, *precedente* y *fórmula*. Considerada como tópico jurídico, *la historia* es la realidad dinámicamente considerada de los conflictos por causa de derechos, y de la resolución de los mismos, y sólo eso. Considerados como tópicos, *los precedentes, o las fórmulas que los condensan,* son el tópico jurídico que designa el conjunto de hechos que preceden a una situación conflictiva y que permiten entender sus componentes, establecer su sentido y resolverla, pudiendo cotejar las diversas opciones aplicadas antes para optar ahora por la que condujo a la resolución más económica del conflicto.

3. Todos los discursos históricos, y no sólo los histórico-jurídicos, aunque en éstos sobreabunden, están llenos de definiciones legales y de principios jurídicos calificables de proposiciones jurídicas históricas en el sentido de que fueron creados y aceptados con mucha anterioridad al momento actual. Modelos permanentes de ellos son la colección de 211 proposiciones denominadas *Reglas del Derecho Antiguo*, puestas como broche de cierre al *Digesto* de JUSTINIANO, constituyendo el título 17 y último del Libro 50. Y la colección de *Reglas del Derecho*, que elenca hasta 37 con que se cierran las *Partidas* de ALFONSO X (*Partida* 7, Título 34).

4. Los argumentos históricos son siempre casos ocurridos hace mucho tiempo pero que se cuentan ahora siguiendo la secuencia cronológica natural, y que son de naturaleza similar a aquél que está ocurriendo en el presente y sobre el que se desea actuar, de manera que el receptor del mensaje se vea transportado mentalmente por la gracia de las palabras del relato, desde la situación actual en que no se encuentra motivado para actuar como desea el historiador rétor, a una serie de situaciones anteriores en el tiempo (reales o fingidas, o mixtas) que lo mueven a actuar, las cuales, extrapoladas imaginativamente hacia el futuro, lo devuelvan al presente resuelto a actuar en la dirección preestablecida por el historiador rétor.

5. El principal valor persuasivo de la tópica jurídica historiográfica no está en los términos (que lo tienen, pero al margen de esta especificidad) ni en los principios (que lo tienen, pero algo más acusado), sino en el discurso mismo que resulta ejemplar por el hecho de ser recordado solemnemente. Ahora bien, el discurso jurídico que engloba al histórico redobla su persuasión porque le añade su sentencia y su ejecución: y en eso estriba la específica intransferible doble fuerza persuasiva de la argumentación histórico-jurídica.

6. La tópica histórico jurídica puede utilizarse siempre (incluso incrustada en razonamientos lógico-matemáticos). En realidad, los juristas escriben siempre historia, lo sepan o no. Cada vez lo saben menos, porque desde que el historicismo jurídico decayó, más por causa de las modas estéticas que de sus insuficiencias técnicas, se han reducido más y más las asignaturas históricas del plan de estudios jurídicos, y las exposiciones históricas de todas las materias. Lo que da una enorme ventaja táctica al jurista que sabe usarla con soltura en la actualidad.

7. Los depósitos inmuebles de derecho histórico son las bibliotecas, archivos y museos especializados en historia general y en historia política, jurídica y social. Y los depósitos muebles de derecho histórico son los tratados, monografías, diccionarios, y revistas de historia general y de historia del derecho. Estos últimos se han subdividido, por especialización, en cinco subsectores: a) historia de la legislación, b) historia de la justicia, c) historia de las instituciones jurídico-políticas, d) historia de las ideas jurídico-políticas, e) y biografías de grandes juristas.

3. LECTURA

"Cuanto hemos observado hasta aquí plantea la necesidad de una metodología realista de la ciencia expositiva y explicativa del derecho. Y el conocimiento de ésta requiere, en primer lugar, un repaso histórico de los desarrollos de esa ciencia y de cuáles han sido sus avatares y resultados por los diversos caminos que ha seguido. Pienso que sólo esta experiencia, sumada a la vivida, puede dotarnos de una perspectiva suficiente para que podamos, después, sistematizar adecuadamente el contenido recolectado, y explicarlo en relación a las circunstancias concurrentes, apreciadas a lo largo de ese recorrido, y a las consecuencias a las cuales esa ciencia, en sus diversas orientaciones, ha llevado o ha contribuido a que se produjeran.

Ese recorrido histórico es imprescindible. Como ha dicho muy bien el profesor paulista José Pedro Galvão de Sousa, debemos considerar al jurista como a un hombre al servicio de la tradición, entendiéndose la palabra en su sentido etimológico, de *tradere*, como la entrega o transmisión de cierto patrimonio cultural, efectuada de generación en generación, que incluye

la idea del progreso, e incluso es una condición *sine qua non* para que exista el progreso, el cual sería imposible sin las adquisiciones de los que nos han precedido. Precisamente, el filósofo de la historia inglés R. G. COLLINOWOOD advierte que el progreso consiste en conservar las soluciones de las cuestiones resueltas por las generaciones anteriores, y dominar algunas de las que ellas no pudieron resolver. Si hay alguna pérdida, el problema de contrapesar lo que se pierde con lo que se gana es insoluble. Y es absurda la pretensión de resolver todos los problemas a la vez *ex novo*, y sin conocer las anteriores experiencias, como si fuésemos los primeros a quienes se hubiesen planteado, despreciando aprioristicamente todas las soluciones anteriores. Tan absurdo sería esto, como aceptar a la letra las viejas fórmulas, sin contrastar las razones que entonces las fundamentaron, en relación con las circunstancias que existieron cuando fueron formuladas, comparándolas con las variaciones hoy concurrentes. Por mi parte, mantengo lo que escribí en 1955 al concluir mis *Apuntes de derecho sucesorio* que efectué empleando el método de investigación histórica:

La senda que hemos procurado desbrozar y querido recorrer, no mide su distancia en kilómetros, sino en siglos. Hemos intentado captar su suceder histórico, no para añorar lo que fue, sino para ver cómo se ha ido forjando lo que es hoy. Nuestra pretensión ha sido la de analizar en el ayer las raíces del árbol de hoy, pensando en que mañana debe seguir dando sus frutos aumentados y mejorados.

Lo hemos hecho así porque creemos firmemente que las normas del derecho, sin su historia, no serían sino hojas desprendidas de su tallo, con las que el viento de las modas jurídicas o políticas jugaría con sus soplos arbitrarios. ¡Vana ilusión la de rehacer todo el libro del derecho en cada generación, volviéndolo a abrir en blanco desde su primera página! Los juristas trabajamos sobre conceptos y terminología que otros juristas más antiguos elaboraron, discutieron y reelaboraron. Las normas deben crearse sobre la base de una realidad social, acrisoladas por el choque de otras leyes más viejas con las nuevas concepciones o necesidades. Pueden cambiar las normas. Muchas veces es necesario que así sea: no siempre es arbitrario el legislador modemo en su empeño de dominarlo y reglamentarlo todo. Pero la nueva ley no puede prescindir de la que le precedió, aunque sólo sea para derogarla de modo más absoluto.

Cada generación añade algo al edificio del derecho. A veces, sólo es polvo que el más ligero soplo aventa. Otras veces sólo deshace lo que hizo la generación de sus padres y rehace lo que éstos habían destruido. ¡Cuántas veces los hombres de un siglo que orgullosamente habían creído avanzar no hacían sino dar vueltas sobre el mismo circuito varias veces recorrido y siempre redescubierto! Por eso creemos que sólo una visión panorámica, pero exacta y revisada del decurso histórico del derecho, en su continuidad, puede guiarnos para conocer el presente y orientar el porvenir, en lo posible".

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Esquema introductivo para una metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho. Discurso leído el día 15 de noviembre de 1999 en la sesión inaugural del curso académico de 1999-2000* (Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1999. 86 págs.) pp. 59-63.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. *Nullum ius sine historia, nulla historia sine iure.* No hay derecho sin historia, ni historia sin derecho.
   ¿Por qué?

2. El pasado histórico es el único laboratorio experimental que puede usar un jurisprudente decente.
   ¿Por qué?

3. La naturaleza misma del derecho se manifiesta como una perpetua evolución.
   ¿En qué fenómenos se manifiesta mejor?

4. *La historia del derecho español* tiene un gran desarrollo en la actualidad, abundando autores y obras, pero sufre una deshumanización lastimosa.
   ¿Por qué causas?

5. *La historia de la justicia española* es una materia apenas autonomizada del claustro materno de la historia del derecho, salvo el sector correspondiente a la justicia criminal.
   ¿A qué se debe esa inhibición?

6. En España no tenemos aún una historia nacional ni regional completa de las ideas jurídicas, más allá de los apéndices nacionales hechos por algunos beneméritos traductores de historias de la filosofía del derecho escritas por jurisprudentes extranjeros.
   ¿Qué problemas plantea esa deficiencia?

7. *La historia de instituciones jurídicas* singulares está muy desarrollada en España, y además en proceso de auge.
   ¿Por qué motivos?

8. *Las biografías de los grandes juristas* españoles es un género en auge. Pese a ser poco considerado en la programación de la enseñanza, la lectura frecuente y continua de estas biografías es muy recomendable a los juristas, y en particular a los estudiantes de derecho.
   ¿Por qué?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. El conocimiento de la ciencia expositiva y explicativa del derecho requiere, en primer lugar, según D. Juan VALLET, un repaso histórico de los desarrollos de esa ciencia y de cuáles han sido sus avatares y resultados por los diversos caminos que ha seguido.
   ¿Con qué alcance?

2. Debemos considerar al jurista, según D. Juan VALLET, como un hombre al servicio de la tradición, entendiéndose la palabra en su sentido etimológico, de *tradere*, como la entrega o transmisión de cierto patrimonio cultural, efectuada de generación en generación.
   ¿Qué parte del patrimonio cultural conserva y entrega el jurista?

3. El progreso consiste, según D. Juan VALLET, en conservar las soluciones de las cuestiones resueltas por las generaciones anteriores, y dominar algunas de las que ellas no pudieron resolver.
   ¿También el progreso jurídico?

4. Es absurda, enseña D. Juan VALLET, la pretensión de resolver todos los problemas a la vez *ex novo*, y sin conocer las anteriores experiencias, como si fuésemos los primeros a quienes se hubiesen planteado, despreciando aprioristicamente todas las soluciones anteriores.
   ¿Por qué es absurda esa pretensión?

5. Es absurdo, dice D. Juan VALLET, aceptar a la letra las viejas fórmulas, sin contrastar las razones que entonces las fundamentaron, en relación con las circunstancias que existieron cuando fueron formuladas, comparándolas con las variaciones hoy concurrentes.
   ¿Por qué es absurda esa pretensión?

6. Hay que investigar el suceder histórico de las instituciones jurídicas, no para añorar lo que fue, sino para ver cómo se ha ido forjando lo que es hoy.
¿Qué actitudes ante el pasado jurídico compara y valora esa tesis de VALLET?

7. Analizar el suceder histórico de una institución jurídica significa analizar en el ayer las raíces del árbol de hoy, pensando en que mañana debe seguir dando sus frutos aumentados y mejorados.
¿Qué actitudes ante el porvenir jurídico compara y valora esa tesis de VALLET?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. ***El búho de Minerva levanta su vuelo al atardecer.***

Marque Ud. entre las cuatro siguientes posibles traducciones de ese aforismo la que estime más correcta:

a) Al atardecer, Minerva estudia mejor y adquiere más sabiduría.
b) El búho de Minerva sale de paseo por las tardes.
c) La sabiduría de Minerva no puede cambiar el pasado, pero puede prever el futuro.
d) Minerva ha amaestrado a su búho para que cace sus presas por la noche.

2. Nullum ius sine historia, nulla historia sine iure.

Marque Ud. entre las cuatro siguientes posibles traducciones de ese aforismo la que estime más correcta:

a) El derecho nulo carece de historia y la historia nula carece de derecho.
b) La historia no tiene derecho y el derecho no tiene historia.
c) No hay derecho sin historia, ni historia sin derecho.
d) Sin derecho y sin historia todo es nulo.

3. En la lista siguiente de famosas piezas histórico-jurídicas de CICERÓN se ha incrustado una que no es suya. Márquela Ud.

a) Contra Catilina.
b) Contra Fausto Maniqueo.
c) Contra Verres.
d) Contra Marco Antonio.
e) Defensa de la Ley Manilia.
f) Defensa de Publio Quinctio.
g) Defensa del rey Deiótaro.

4. De las siguientes definiciones del término *precedentes*, una da un significado no jurídico, otra da un significado jurídico teórico y otra da un significado jurídico tópico. Señale Ud. cuál es cual:

Los precedentes son:

a) El conjunto de hechos que preceden a una situación conflictiva y que permiten entender sus componentes, establecer su sentido y resolverla, pudiendo cotejar las diversas opciones aplicadas antes para optar ahora por la que condujo a la resolución más económica del conflicto.

b) Las resoluciones judiciales anteriores aplicadas por un juez a otros casos iguales o semejantes ocurridos o juzgados con posterioridad.
c) Lo que precede y es anterior o primero en el orden de la colocación de los tiempos.

5. **A continuación se enuncian cinco reglas de derecho famosas. Tres proceden del Digesto y dos de las Partidas. Realice Ud. las imputaciones que correspondan:**

a) Debe comprobarse con certeza la ventaja de las cosas que se hacen de nuevo antes de abandonar las que los antiguos tuvieron por buenas y derechas.
b) No se deben hacer leyes sino sobre cosas que suelen acaecer a menudo.
c) No puede convalidarse por el transcurso del tiempo lo que es defectuoso desde el principio.
d) No se considera que alguien pierda lo que no era suyo.
e) Un cambio temporal no altera el derecho de la provincia.

6. **Los juristas trabajamos sobre conceptos y terminología que principalmente elaboraron, discutieron y reelaboraron:**

a) Ciertos *escribanos* medievales y notarios modernos.
b) Otros *juristas* más antiguos.
c) Algunos *legisladores* anteriores y actuales.
d) Los *letrados* de las Cortes Españolas.
e) Los *pandectistas* alemanes del siglo XIX.

Escoja Ud. entre las anteriores la respuesta más apropiada a juicio del Sr. VALLET DE GOYTISOLO.

7. **Sólo una visión panorámica, pero exacta y revisada del decurso histórico del derecho, en su continuidad, puede ayudarnos a:**

a) Alcanzar fama de jurista sabio en la opinión pública.
b) Conocer el presente y orientar el porvenir, en lo posible.
c) Escribir un buen libro de derecho que sea un *bestseller*.
d) Ganar un concurso a cátedra de Historia del Derecho.
e) Ser nombrado académico de Jurisprudencia y Legislación.

Escoja Ud. entre las anteriores la respuesta más apropiada a juicio del Sr. VALLET DE GOYTISOLO.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. "Ningún otro punto de vista puede ayudar a comprender mejor la importancia que tiene la historia como laboratorio o campo de experimentación de la jurisprudencia toda (doctrinal, legal o judicial) que el que ofrece la hipótesis de que el derecho es existencialmente un arte de resolver de la forma más económica posible conflictos entre personas miembros de un grupo, sustituyendo la lid cruenta librada entre ellas por un juego montado de acuerdo con ciertas astucias ingeniosas (doctrinas), en el que un número determinado de árbitros (jueces) acaban repartiendo (en sus sentencias) las cosas disputadas (derechos) entre los contendientes (partes litigantes) de acuerdo con un número determinado de reglas (leyes), de un modo que los contenta a todos, ahorrando daños morales y pérdidas de vidas, bienes y tiempo".

Aporte Ud. (en el margen de un folio o de cinco minutos) al menos un par de pruebas para confirmar la doctrina contenida en esa cita del tema.

2. "Lo histórico es todo aquello que se puede comprobar que ha sucedido alguna vez en algún sitio, y se puede probar de acuerdo con una reglas de prueba preestablecidas y depuradas, ante un tercero imparcial, y sólo eso".
   Defienda Ud. primero la corrección de esa tesis en todos sus términos, y defienda a continuación que en esa posición sobre la cláusula final "y sólo eso". Todo ello brevemente (en el margen de un folio o de cinco minutos).

3. Se puede definir la Historia del Derecho diciendo que es "la ciencia que se ocupa de la experiencia jurídica ocurrida en el pasado"; o bien diciendo que es "el discurso que permite describir el derecho del pasado, entender el derecho del presente, y construir el derecho del futuro".
   Compare Ud. esas definiciones a efectos de elegir la que le parezca preferible. Todo ello en el margen de un folio o de cinco minutos).

4. "La sustancia de la argumentación jurídica de fundamentación histórica consiste en llevar a la convicción del que escucha la unidad irrompible que existe en la evolución temporal de todo acontecimiento".
   Aporte Ud. (en el margen de un folio o de cinco minutos) al menos un par de pruebas para confirmar la doctrina contenida en esa cita del tema.

5. Las normas deben crearse sobre la base de una realidad social, acrisolarse por el choque de otras leyes más viejas con las nuevas concepciones o necesidades.
   Exponga Ud. un par de argumentos a favor de esa tesis del Sr. VALLET DE GOYTISOLO, y otros dos en contra. Todo ello brevemente (en el margen de un folio o de cinco minutos)[5].

6. La nueva ley no puede prescindir de la que le precedió, aunque sólo sea para derogarla de modo más absoluto.
   Exponga Ud. un par de argumentos a favor de esa tesis del Sr. VALLET DE GOYTISOLO, y otros dos en contra. Todo ello brevemente (en el margen de un folio o de cinco minutos)[6].

7. Cada generación añade algo al edificio del derecho.
   Exponga Ud. un par de argumentos a favor de esa tesis del Sr. VALLET DE GOYTISOLO, y otros dos en contra. Todo ello brevemente (en el margen de un folio o de cinco minutos)[7].

---

[5] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

[6] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

[7] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que solo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

TEMA XLVII

TÓPICA JURÍDICA MÍTICA Y TEOLÓGICA

1. INDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. Definición de la tópica mítico teológica.
III. Tópicos mítico teológicos.
IV. Valor persuasivo de la tópica mítico teológica.
V. Utilización de la tópica mítico teológica.
VI. Localización de la tópica mítico teológica.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La *tópica mítico teológica* es el conjunto de conceptos, principios y argumentos que nombran a los dioses, valoran sus acciones y trasmiten sus preceptos; y los libros sagrados que contienen las historias de los dioses y sus revelaciones a los humanos; y los libros y publicaciones periódicas que tratan de mitología, historia sagrada, filosofía de la religión, teodicea, teología dogmática, teología moral, teología pastoral, derecho canónico, y doctrina social católica; y las academias, facultades, bibliotecas y archivos donde se guarda acopio mayoritario de ellos, para estudiarlos, interpretarlos y escribir nuevos estudios sobre ellos.

2. Los principales tópicos conceptuales de carácter mítico teológico son los que designan las palabras *Dios, mito, canon,* e *iglesia*, y las expresiones que forman con ellos las palabras *derecho, justicia* y *ley*. También tienen especial trascendencia *juramento, blasfemia* y *religión*.

3. En la tradición religiosa indoeuropea hay un juego de diez *proposiciones normativas* que es el *decálogo* por antonomasia. Son los diez mandamientos que Moisés recibió de Yahvé grabados en dos tablas de piedra. Constituyen las diez proposiciones normativas teológicas más famosas en los anales humanos. Su invocación siempre ocasiona un sentimiento impulsivo de adhesión. Son éstos: *1. No adorarás otro Dios que Yahvé. 2. No tomarás en falso el nombre de Yahvé. 3. Santificarás el sábado. 4. Honrarás a tu padre y a tu madre. 5. No matarás. 6. No adulterarás. 7. No robarás. 8. No darás contra tu prójimo falso testimonio. 9. No desearás el cuerpo ni la mujer de tu prójimo. 10. No desearás la casa ni las reses de tu prójimo.*

4. Los *argumentos* mítico teológicos jurídicos más característicos son cuatro: los relatos llamados *mitos*; los fragmentos de mitos, llamados *revelaciones o*

evangelios; los conjuntos de mitos llamados *libros sagrados* o *biblias*; y los comentarios de mitos, evangelios y biblias llamados *mitologías* o *teologías*.

5. La conciencia jurídica popular española se diferencia cualitativamente de las otras de su familia indoeuropea en que los hispanos somos el pueblo que hemos unido más intensamente la cultura, la filosofía y el derecho, a la fe, la religión, y la teología, de modo que nuestro ordenamiento jurídico es en cada momento histórico el más sacralizado o el menos secularizado de Europa. Como la eficacia de cada tópico depende en un cincuenta por ciento de la convicción que muestra quien lo invoca, y otro cincuenta por ciento de la sensibilidad con que lo recibe el que lo escucha, excusado es decir que entre nosotros la invocación de lo sagrado es siempre de un *valor persuasivo* mucho más eficaz que en cualquier otra parte del mundo.

6. La tópica jurídica teológica expresa y técnica sólo se debe usar pocas veces, las necesarias (pues no se ha de usar el nombre de Dios en vano) y ello en casos de mayor cuantía, así procesal como material, así judicial como doctrinal y legal. Uno de esos casos ineluctables es la ley fundamental. El discurso jurídico del aplicador normal del derecho, en cambio, es mejor que use lo menos posible el nombre de Dios. Pero atención: *eso no exime al operador jurídico avisado de conocer cuanta más teología y mitología* mejor. Pues es lo cierto que la tópica teológica indirecta, es decir, la que está de forma yacente y latente, pero oculta en las arterias y venas del lenguaje jurídico, ésa actúa siempre, lo sepa o no quien la emite, o quien la recibe.

7. La *tópica mitológica indoeuropea oriental* tiene sus fuentes propias en los libros sagrados antiguos, de entre los que destacan los *Libros sagrados hindúes* (védicos y budistas) y el *Avesta* persa. La *tópica mitológica indoeuropea occidental* consta en la *Biblia* hebrea, el *Evangelio* cristiano y el *Corán* mahometano. La teología cristiana elaborada está principalmente en los teólogos modernos (siglos XV-XX), siendo para juristas especialmente interesantes los grandes creadores salmantinos de la teología de la justicia y el derecho, y de las leyes.

3. LECTURA

"La evolución española de la concepción de la relación estado-derecho-orden moral discurre en plena sintonía con lo que ocurre actualmente en los países europeos. Las legislaciones sobre el divorcio, el aborto, la eutanasia, la relativización de la institución matrimonial y familiar, de moda hoy en los países de la antigua Europa occidental, son muy similares entre sí. No era así recién terminada la segunda guerra mundial. Es realmente extraordinario el contraste que reina entre el estado de conciencia y opinión pública acerca de los fundamentos morales del derecho y de la política europea de hoy, y el que inspiró la conducta de las grandes figuras y de la opinión pública de las naciones europeas de entonces. Por cierto, que se movían en una clara convergencia con la renovada Organización de las Naciones Unidas ante la forma de abordar el futuro de la humanidad. En aquella encrucijada histórica, la paz mundial y el desarrollo de los pueblos en justicia, libertad y solidaridad aparecían a unos y a otros como viables únicamente por el camino del reconocimiento y respeto de los derechos humanos, garantizados jurídica-internacionalmente.

Un ejemplo típico, sumamente característico para aquella primera hora de una nueva época de la historia europea, es el de la Ley Fundamental de Bonn, promulgada por la naciente República Federal de Alemania. Se inicia con un preámbulo en el que se apela expresamente a la conciencia de la responsabilidad de los legisladores *delante de Dios y de los hombres (im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen)*. al que sigue un artículo 1º acerca de la protección de la dignidad de la persona humana, de factura técnico-jurídica original, en que se desvela claramente la gravedad de la experiencia histórica por la que había atravesado el pueblo alemán, y en la que se encontraba todavía plenamente inmerso. *La dignidad del hombre es inviolable. Es deber de todo poder estatal el respetarla y protegerla*: así reza el párrafo 1º. Luego, en los párrafos 2º y 3º, y por su medio, el pueblo alemán se adhiere solemnemente a los derechos humanos, invulnerables e inviolables, como fundamento de toda comunidad humana, y de la paz y de la justicia en el mundo; a la vez que establece que los derechos fundamentales son derecho inmediatamente vigente que obliga a la legislación, al poder ejecutivo y a la jurisdicción.

El trasfondo humano-espiritual e histórico-político de la Ley Fundamental de Bonn es evidente. Los padres de la nueva ley constitucional, con la práctica totalidad de su pueblo, se habían propuesto evitar a toda costa una tragedia como la que acababan de vivir, y aún de prevenirla de raíz en el futuro. ¡Nunca más! era el lema político común del momento nacional. La experiencia tan bien intencionada, pero tan dramáticamente fracasada, de la República de Weimar se había transformado en una terrible lección histórica. Habían aprendido de las ruinas físicas y morales de su propio pueblo que tampoco un estado democrático, construido sobre unos supuestos teóricos puramente jurídico-positivistas, es inmune, antes al contrario, al empuje de corrientes político-culturales promotoras de una concepción del estado como forma pura y desnuda, a-moral, de poder: del poder como fuerza triunfadora; y que ni siquiera es inmune a una concepción del derecho corruptora por esencia de la misma idea y valor de la justicia. Había que hacer imposible para el futuro la injusticia o *el no derecho legal, das gesetzliche Unrecht*, como diría en 1946 Gustav Radbruch, nada sospechoso de iusnaturalismo, a través del reconocimiento de lo que el mismo Radbruch llamaba simultáneamente *el derecho supralegal, übergesetzliches Recht*".

Rouco Varela, Antonio María: "Conciencia y poder en la doctrina católica. Algunas reflexiones teológicas en la España de los 90", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 48/73 (Madrid 1996. 341-357), pp. 348-349.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. Los más antiguos y arraigados conceptos, principios y argumentos del lenguaje jurídico hunden sus raíces y reciben su fuerza persuasiva de las historias, reglas, juicios y consejos contenidos en los libros sagrados, las mitologías que los expresan poética y retóricamente, y las teologías que los desmitifican y exponen rigurosamente.
   ¿Qué trascendencia tiene eso en un visión jurisprudencial tópica?

2. Se equivoca el jurista que piensa que los mitos y las teologías son cosa que pasó a la historia, trastos inútiles en nuestro tiempo.
   ¿En qué sentido o sentidos se puede decir que se equivoca?

3. Dios, derecho divino, ley divina y justicia divina tienen un significado distinto si se los entiende como tópicos teológico-jurídicos, como tópicos técnico-jurídicos o como tópicos retórico-jurídicos.

¿Qué matices marcan las correspondientes distinciones? ¿Qué trascendencia tiene esa verificación?

4. La importancia de la historia mítica en el ámbito retórico y dialéctico deriva de que se trata de una historia dotada de actualidad operativa, gracias a la virtualidad o fuerza que trasmite, la cual es la propia de una reviviscencia, presencialización o vivenciación colectiva de un saber metacientífico, metalógico y metahistórico, pero universalmente válido, porque se lo supone basado en una memoria universal de la substancia de la existencia, en especial, de los problemas universales y sus soluciones; o sea, del comportamiento de las fuerzas creadoras y destructivas, y de los ritos apropiados para la sobrevivencia, por los que se obtiene el favor de los dioses, y se remedia el terror que ellos inspiran.

   ¿Qué esferas de universalidad comprenden los mitos? ¿Qué importancia tiene la extensión de los correspondientes universos?

5. Como argumento tópico, la revelación divina, o sencillamente *la revelación, es* un discurso, y más comunmente *una serie de discursos que se ponen directamente en boca de Dios.* Su fuerza convictiva depende mucho de la escenificación del acto transmisor.

   ¿Cómo influye la escenificación del acto de revelación en la convicción que el mensaje revelado suscita en el recipiendario del mismo?

6. *Teología se llama a la ciencia que intenta una explicación crítica y una sistematización racional del mensaje contenido en una revelación, dentro de las condiciones de discusión, progreso, y error propio de todos los otros saberes.*

   ¿Tienen todas las teologías interés tópico para los juristas? ¿Acumularán mayor interés las especializadas por algún criterio? P. e., ¿las que tratan del derecho especialmente? ¿Las que analizan la religión dominante en el propio grupo social?

7. El derecho mítico posee una vigencia y eficacia totales, aunque sólo afecta a la zona muy restringida de los grandes principios jurídicos. Por eso conviene usarlo siempre que se pueda, para la defensa de cualquier posición que lo admita. En casos tales, su fuerza es tal, que contra él no hay otro antídoto que él mismo. Contra un mito sólo vale otro mito de signo contrario.

   ¿Es eso verdad? ¿Por qué entonces piensan muchos que el mito se desmitifica con el método racionalista o cientista? ¿Qué posibilidades tienen frente al mito la desmitologización cultural, la desmitificación sociológica, o la desmitización o secularización teológica?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. "Es realmente extraordinario, asevera D. Antonio Rouco, el contraste que reina entre el estado de conciencia y opinión pública acerca de los fundamentos morales del derecho y de la política europea de hoy, y el que inspiró la conducta de las grandes figuras y de la opinión pública de las naciones europeas recién terminada la segunda guerra mundial".

   ¿Tiene algún contenido mítico o teológico ese contraste? ¿Se trata de un contraste de evolución, o de involución? ¿De integración, o de contradicción? ¿Constructivo, o destructivo? ¿De mejora, o de empeoramiento?

2. "Recién terminada la segunda guerra mundial, recuerda D. Antonio Rouco, la paz mundial y el desarrollo de los pueblos en justicia, libertad y solidaridad aparecían a unos y a otros como viables únicamente por el camino del reconocimiento y respeto de los derechos humanos".

¿Mostraba fundamentos teológicos y míticos el tópico originario de los derechos humanos? ¿Eran percibidos por los individuos o los pueblos? ¿Ha evolucionado esa percepción entre 1948 y 2000? ¿Cómo? ¿En qué sentido?

3. Según recuerda D. Antonio Rouco, "la Ley Fundamental de Bonn, promulgada por la naciente República Federal de Alemania (8.05.1949) se iniciaba con un preámbulo en el que se apela expresamente a la conciencia de la responsabilidad de los legisladores *delante de Dios y de los hombres*."

   ¿Qué función cumple ahí la mención del nombre de Dios? ¿Por qué no habrá algo semejante en la Constitución Española de 1978?

4. "La República de Weimar", dice D. Antonio Rouco, constituyó una "experiencia" histórica "tan bien intencionada" como "dramáticamente fracasada".

   ¿Tiene alguna responsabilidad en ese fracaso el hecho de que se redactara su constitución de acuerdo con una teoría pura del derecho que excluía del mismo todo fundamento mítico (justicia divina) y teológico (leyes divinas) por impuros?

5. "Un Estado democrático, construido sobre unos supuestos teóricos puramente jurídico-positivistas, afirma D. Antonio Rouco, no es inmune, antes al contrario, al empuje de corrientes político-culturales promotoras de una concepción del estado como forma pura y desnuda, a-moral, de poder: del poder como fuerza triunfadora".

   ¿Hay alguna alternativa a un derecho humano justificado amoralmente en la pura, desnuda coherencia con la fuerza triunfadora de las riquezas, las armas o las urnas? ¿Quizá un derecho humano moralmente justificado por su sucesiva concordancia con un derecho natural, un derecho consuetudinario y un derecho divino?

6. "Un Estado democrático, construido sobre unos supuestos teóricos puramente jurídico-positivistas, enseña D. Antonio Rouco, no es inmune, antes al contrario, a una concepción del derecho corruptora por esencia de la misma idea y valor de la justicia".

   ¿Por qué la omisión del plano mítico y teológico conduce al derecho inexorablemente a corromper la misma idea y valor de la justicia?

7. "Hay que hacer imposible para el futuro, dice D. Antonio Rouco, la injusticia o *el no derecho legal*, a través del reconocimiento del *derecho supralegal*".

   ¿De qué derecho supralegal hablamos? ¿Del derecho natural? ¿Del derecho divino? ¿De ambos? ¿Da lo mismo aceptar uno u otro?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Relea Ud. las siguientes cuatro definiciones:

A) *Dios* es el tópico que describe al ser personal amoroso que es realidad esencialmente existente, irrespectiva, intramundana, hiperóntica y pontifical.

B) El *derecho divino* es el tópico con el que presentamos nuestro derecho como la posición protegida o querida por el Dios en que creen las personas que pueden tener interés en discutirla, adquirirla, juzgarla o eliminarla.

C) *Justicia divina* es el tópico que describe la justicia que aguardan los seres humanos que apelan del juicio de otros jueces humanos ante el juicio directo de Dios.

D) *Ley divina* es el tópico con que los juristas invocamos a Dios en la persona del legislador de la ley más justa y más útil, alegando que la que nos ampara en el caso que defendemos, Él mismo la promulgó (revelándola o imprimiéndola en el corazón de los humanos).

Y después califique Ud. correctamente cada una de ellas sabiendo que:

a) Una perfila un tópico *teológico jurídico.*
b) Otra, un *tópico técnico* jurídico.
c) y d) Y las otras dos, sendos tópicos *retórico jurídicos.*

2. **A continuación figuran dos listas. La primera nombra nueve mitos de la tópica occidental; y la segunda, el nombre propio de nueve héroes de la tópica occidental.**

A) La celtización de Galicia.
B) La cristianización de Galicia.
C) El descubrimiento de América.
D) El diluvio universal.
E) La fundación de Roma.
F) La guerra de la independencia española.
G) La pérdida del paraíso.
H) La reconquista de España a los moros.
I) La suevización de Galicia.
a) Breogán.
b) El Cid Campeador.
c) Cristóbal Colón.
d) Eva.
e) Noé.
f) Napoleón Bonaparte.
g) Rómulo.
h) Santiago Apóstol.
i) Teodomiro.

Case Ud. correctamente cada mito con el nombre del personaje que actúa en él de protagonista.

3. **A continuación figuran dos listas. La primera nombra seis leyes asumidas a mitos de la tópica jurídica; y la segunda, el nombre propio de los correspondientes legisladores:**

A) La Constitución de Atenas.
B) La Constitución de Esparta.
C) La Constitución de los Estados Unidos.
D) El Estatuto de Galicia.
E) Las Leyes de Indias.
F) La Torah de Israel.
a) Isabel la Católica.
b) Juan Carlos I.
c) Licurgo.
d) Moisés.
e) Solón.
f) Jorge Washington.

Case Ud. correctamente cada ley con su legislador.

4. Reponga Ud. el orden original de los diez mandamientos del Decálogo que aparecen dislocados en la siguiente lista:

a) Honrarás a tu padre y a tu madre.
b) No adorarás otro Dios que Yavé.
c) No adulterarás.
d) No darás contra tu prójimo falso testimonio.
e) No desearás el cuerpo ni la mujer de tu prójimo.
f) No desearás la casa ni las reses de tu prójimo.
g) No matarás.
h) No robarás.
i) No tomarás en falso el nombre de Yavé.
j) Santificarás el sábado.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. La teología del derecho es el conocimiento racional, universal, e iluminador de la experiencia jurídica, deducido de la revelación divina.

   Explique Ud. (en el margen de un folio o de cinco minutos, como máximo) el significado que tiene, a su juicio, la cláusula "conocimiento iluminador de la experiencia jurídica" contenida en esa cita del tema.

2. "Hay que convertir la crítica del cielo en crítica de la tierra, la crítica de la religión en crítica del derecho, y la crítica de la teología en crítica de la política".

   Explique Ud. (en el margen de un folio o de cinco minutos, como máximo) el significado que tiene, a su juicio, la doctrina de MARX contenida en esa cita del tema.

3. "Resulta imperdonable que la Constitución española de 1978 no nombre a Dios. Si en su inicio hubiera dicho *Don Juan Carlos I por la gracia de Dios rey de España*, en lugar de lo que dice, que es sólo *Don Juan Carlos I rey de España* ¿a quién se habría ofendido? A nadie, en realidad, puesto que no son ni uno por un millón los españoles que no creen en Dios, sea el Dios trinitario, sea Yavé, sea Alá, sea alguno de los otros dioses de la paganía autóctona o alóctona conservados en superstición. Y se habría satisfecho a la inmensa mayoría".

   Exponga Ud. (en el margen de un folio o de cinco minutos, como máximo) un par de argumentos para confirmar la doctrina contenida en esa cita del tema; y después otros dos para contradecirla[8].

4. Los juristas sabios de todos los tiempos, tienen siempre presente al elaborar sus discursos la tópica teológica latente, especialmente en los escritos doctrinales; y procuran conocerla bebiéndola en sus mejores fuentes que son los libros sagrados de las diversas religiones, y en los mejores tratados de teología cristiana.

   Confirme Ud. esa tesis que expresa el tema colacionando dos juristas clásicos que la hayan cumplido. Contradígala luego colacionando otros dos juristas clásicos que no la hayan cumplido. Todo ello en el lapso de un folio o cinco minutos[9].

---

[8] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

5. **Explique Ud. (en el margen de un folio o de cinco minutos, como máximo), la diferencia esencial que hay entre justificar el derecho por su coherencia**

   a) Con la fuerza material de las riquezas.
   b) Con la fuerza material de las armas.
   c) Con la fuerza material de las urnas.
   d) Con la fuerza moral del derecho natural.
   e) Con la fuerza moral del derecho consuetudinario.
   f) Con la fuerza moral del derecho divino.

6. La justicia divina tiene un valor normativo positivo para la administración humana de la justicia, y ésta debe asumirlo.

   Proponga Ud. primero un argumento a favor de esa tesis; después, otro en contra de ella; y finalmente proponga el enunciado de la tesis que parezca satisfacer mejor la antítesis planteada. Todo ello en el lapso de un folio o cinco minutos [10].

7. Las dos formas típicas del derecho supralegal son el *derecho natural* y el *derecho divino*, pero la distinción de ellas entre sí es dudosa, y por eso, debatida.

   Razone Ud. brevemente (en cinco minutos, o en un folio):

   a) ¿En qué coinciden el *derecho natural* y el *derecho divino*?
   b) ¿En qué no coinciden el *derecho natural* y el *derecho divino*?
   c) ¿Cuál de los dos tópicos es más persuasivo?

---

[9] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

[10] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

TEMA XLVIII

TÓPICA JURÍDICA LITERARIA

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. Definición de la tópica literaria.
III. Tópicos literarios.
IV. Valor persuasivo de la tópica literaria.
V. Utilización de la tópica literaria.
VI. Localización de la tópica literaria.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La *tópica jurídica literaria* es el conjunto de conceptos, principios y argumentos, unas veces favorables y otros contrarios a la jurisprudencia, a los jurisprudentes, a la legislación, a los legisladores, a las justicias y a los jueces, y a todas las profesiones jurídicas, que reflejan las experiencias jurídicas ficticias de que se hacen eco todos los discursos denominados poesías, novelas, guiones, cartas, ensayos, historias y enseñanzas; y también los estudios de ese material contenidos en las obras de gramática, literatura, estética, estilística y similares; y también las academias, facultades, bibliotecas y archivos donde se guarda acopio grande de ellos, para estudiarlos, interpretarlos y escribir nuevos estudios sobre ellos.

2. En la literatura general se encuentran todos los *términos* y *proposiciones* de las tres jurisprudencias (doctrinal, legal y judicial), y en su doble significado: el vulgar general, y el particular técnico jurídico. Eso posibilita una constante doblez lingüística, de la que el rétor más hábil e instruido saca partido siempre, a costa del rétor menos hábil o más ignorante.

3. La argumentación literaria típica se contiene en tres géneros grandes, y otros menores o secundarios, cada uno de los cuales tiene numerosas especies. Los géneros literarios grandes son el *poema*, la *novela* y el *guión*. Los géneros literarios menores son las *cartas*, los *ensayos*, las *historias* y las *enseñanzas*. De estas últimas, los géneros literarios de mayor interés para la formación topicista del jurisprudente son los denominados *gramáticas, retóricas, poéticas* o rotulaciones afines.

4. El valor persuasivo de la tópica literaria es inmenso, porque las razones bien adornadas en la expresión convencen más que las que se expresan con desaliño.

5. El lenguaje jurídico tiene su belleza propia, que es además distinta en los diversos géneros jurídicos literarios. Para conservarla y aumentarla hay que cruzarla

con la continua renovación a que someten la suya los creadores profesionales. Ningún jurista que se precie debe descuidar ese aspecto de su arte: como de hecho lo han descuidado casi todos últimamente. Los textos de muchos contratos, leyes, sentencias y monografías producen horror. Pobreza de vocabulario, discordancias de género, número y caso, barbarismos intolerables, faltas garrafales de ortografía, puntuación sembrada a voleo y mil lindezas del mismo jaez tornan con frecuencia ilegibles, y aún incomprensibles, muchos escritos jurídicos actuales.

6. Las principales causas que han convertido en un erial la expresión jurídico literaria actual son tres: a) La aceleración de la vida jurídica, que cada vez le deja menos tiempo a los operadores jurídicos para someter sus escritos o discursos a la *imprescindible labor limae*. b) La multiplicación de los géneros jurídicos expresivos (ahora hay infinitas clases de normas, de decisiones, de expresiones científicas, de foros, de audiencias, de medios de comunicación de masas, etc.). c) Y la multiplicación de las lenguas, así vulgares (poliglotismo) como legales (pluralismo normativo), en que se ve obligado a expresarse el jurista actual.

7. La idea central que preside el cultivo de la tópica literaria como coadyuvante de la jurídica es la de transformar en obra de arte bella lo que ya es de todos modos, se quiera o no, obra de arte, pues, *ut eleganter definit Celsus, ius est ars aequi et boni* (*D.* 1,1,1,pr.). El derecho es arte: apoyémonos en los tópicos literarios para hacerlo más hermoso.

3. LECTURA

"No son *letras* solamente las *bellas letras*, las *letras humanas* o las *literaturas*, que estudia la filología, sino que hay otras muchas *letras* con derecho a usar de ese título, y aun con el deber de no renunciar a él. Tal es el caso de las *letras profanas*, las que producen y estudian con sus métodos específicos filósofos, historiadores, geógrafos, artistas, y semejantes. Y también es el caso de las *letras divinas, sagradas letras*, o *sagradas escrituras*, que estudia la teología con sus propios métodos. Y lo mismo le ocurre a las ciencias sociales derecho, economía, sociología, comercio, periodismo y semejantes.

Letras son los textos jurídicos y su interpretación; es decir, los materiales que maneja la jurisprudencia. ¿Cómo no se van a tener por letras las disciplinas donde se estudian *letras abiertas, letras comunicatorias, letras de cambio, letras expectativas, letras obedienciales, letras patentes, letras testimoniales*, y tantas otras semejantes a ésas?

En realidad, todos los textos jurídicos, aun los que no llevan el nombre de letras, son formularios literarios, como mínimo, en cuanto a la posesión de una estructura lógico-formal rígida o semirrígida que, además, es susceptible de crear o trasmitir belleza. Por donde se infiere que, de alguna manera, *letras* estudia la *jurisprudencia* en todas sus ramas; y que *literatos* son los *letrados*.

Tan literatos son los letrados, y tienen las letras por material tan suyo, que han sido capaces de producir formas de escritura reconocidas por los paleógrafos con nombres específicos como *letra cancilleresca*, o *letra procesal*.

Por otra parte, la experiencia muestra de hecho que la inmensa mayoría de los escritores de bellas letras famosos, son egresados universitarios de las facultades de derecho, jurisprudencia o leyes.

Así pues, todo parece indicar que no hay tanta diferencia como se podría pensar entre los oficios de letrado y de literato. Aunque ¿qué mejor juez de esta causa podría encontrarse que el mis-

mísimo Príncipe de los Ingenios de la lengua castellana? Pues he aquí que él la dirime inapelablemente, cuando (en el preámbulo al inolvidable *curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y las letras*, que ocupa los capítulos trigésimo séptimo y trigésimo octavo de la primera parte de *El ingenioso hidalgo*) define por hombres de letras, no precisamente a los poetas y novelistas, sino a los teólogos y juristas. Me refiero al parlamento en que Don Quijote razona así:

Es el fin y paradero de las letras (y no hablo ahora de las divinas que tienen por blanco llevar y encaminar las almas al cielo, que a un fin tan sin fin como éste ninguno otro se le puede igualar: hablo de las letras humanas, que es su fin poner en su punto la justicia distributiva y dar a cada uno lo que es suyo) entender y hacer que las buenas leyes se guarden; fin por cierto generoso, y alto, y digno de grande alabanza."

Fraga Iribarne, Manuel: "Doctores, literatos y letras. Colación del doctorado *honoris causa* en Letras por la Universidad Federal de Bahía, Brasil, 29.03.1995": *Nuevo orden mundial* (Barcelona, Planeta, 1996. 256 pp.) 211-228. Pp. 221-223.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. La importancia que alcanza la presencia de la tópica jurídica literaria en el almacén de recursos del jurisprudente deriva de la conjugación de dos hechos. a) Que la *literatura* es el arte que emplea como instrumento la palabra. b) Y que el *derecho* es discurso verbal siempre, tanto cuando ello es patente, como cuando es sólo latente.

   ¿Han sido usualmente los letrados literatos? ¿Han sido usualmente los literatos letrados? ¿Deben ser también hoy letrados los literatos? ¿Deben ser también hoy literatos los letrados?

2. Las obras literarias enjuician la experiencia jurídica toda (doctrinal, legal y judicial) de forma libre, y por tanto, interdisciplinar, plural y contradictoria. Ofrecen lo que más necesita un jurista.

   ¿Por qué le debe interesar al jurista esa visión de alta calidad literaria y doble, o contradictoria, de todas las cuestiones que ofrece la literatura? ¿Persiste ese interés también para el jurista actual?

3. Es muy recomendable al jurista la lectura de las gramáticas de la lengua redactadas por las respectivas academias, como p. e. la *Gramática descriptiva* editada en 1999 por la Real Academia Española de la Lengua.

   ¿Por qué es recomendable para el jurista leer gramáticas? ¿Con qué finalidad específica las debe leer el jurista?

4. El *epistolar* es un género literario menor de gran importancia para la jurisprudencia.

   ¿Por qué lo fue? ¿Quedaron algunos modelos antiguos en especial? ¿Lo sigue siendo aún hoy?

5. La Escuela Histórica del Derecho alemán (pues lo importante no es tanto que sus expositores fueran alemanes, como que hablaban sólo del derecho alemán) descubrió que *en cada cultura lengua y derecho evolucionan con sincronía total.*

   ¿Sirve ese descubrimiento también para los derechos hispanos? ¿Obliga al jurista a poseer ciertos conocimientos filológicos? ¿Los hace recomendables al menos?

6. La *retórica* es el arte de bien decir que se manifiesta en la habilidad para embellecer la expresión de los conceptos y dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover.

¿Es patrimonio de muchos juristas el arte retórica? ¿Por qué se habla entre juristas frecuentemente con desprecio de la retórica, calificando el uso de este arte como impropio o intempestivo? ¿Tiene alguna relevancia esa doblez de la retórica para determinar su carácter tópico?

7. El modelo del discurso versificado rico en tópica jurídica es en cada cultura siempre su poema nacional. El modelo del discurso novelado rico en tópica jurídica es en cada grupo lingüístico, su novela representativa. El modelo de discurso dramatizado rico en tópica jurídica, en cambio, es siempre múltiple y lo integran aquellas piezas que dramatizan los hechos jurídicos realmente acaecidos que más impresionaron la memoria histórica. Cada género literario aporta motivos persuasivos distintos, y por eso conviene al jurista frecuentar todos sus hontanares más ricos.

   ¿Qué ideas jurídicas se asocian en la conciencia nacional española con el Poema del Cid, la novela de D. Quijote de la Mancha, o el drama del Condenado por desconfiado?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. No son *letras* solamente las *bellas letras*, las *letras humanas* o las *literaturas*, que estudia la filología. También lo son: las *letras profanas*, las que producen y estudian con sus métodos específicos filósofos, historiadores, geógrafos, artistas, y semejantes; las *letras divinas, sagradas letras*, o *sagradas escrituras*, que estudia la teología; y las *letras innominadas* que estudian las disciplinas denominadas derecho, economía, sociología, comercio, periodismo y nombres semejantes.

   ¿Podríamos denominar letras sociales a estas últimas disciplinas sin excesiva impropiedad?

2. Letras son los textos jurídicos y su interpretación, es decir los materiales que maneja la jurisprudencia.

   ¿Cómo no se van a tener por letras las disciplinas donde se estudian letras abiertas, letras comunicatorias, letras de cambio, letras expectativas, letras obedienciales, letras patentes, letras testimoniales, y tantas otras semejantes a ésas?

3. Todos los textos jurídicos son susceptibles de crear o trasmitir belleza.

   ¿Se infiere de eso, de alguna manera, que la jurisprudencia estudia letras en todas sus ramas, y que los letrados son o deben ser literatos?

4. La inmensa mayoría de los escritores de bellas letras famosos, son egresados universitarios de las facultades de derecho, jurisprudencia o leyes.

   ¿Se mantiene aún ese *factum*?

5. No hay tanta diferencia como se podría pensar entre los oficios de letrado y de literato.

   ¿Cuáles son entonces las diferencias y concomitancias esenciales entre ambos?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. **La primera de las dos listas siguientes nombra cinco obras literarias reales, y la segunda, a sus autores:**

   a) *Der Prozess (El proceso).*

b) *Il processo di Friné (El proceso de Friné).*
c) *Jugement de Pluton (El juicio de Plutón).*
d) *L'avvocato veneziano (El abogado veneciano).*
e) *Tribunali umoristici (Tribunales humorísticos).*
A) Pietro Coccoluto Ferrigni (1836-1895).
B) Bernard Fontenelle (1677-1757).
C) Carlo Goldoni (1707-1793).
D) Franz Kafka (1883-1924).
E) Edoardo Scarfoglio (1860-1917).
Atribuya Ud. cada obra a su autor.

2. Según D. Miguel de Cervantes, el fin y paradero de las letras humanas es por cierto generoso, y alto y digno de grande alabanza, y también múltiple, puesto que comprende los tres objetivos que figuran en la lista siguiente mezclados con otros dos que no nombra D. Quijote en el Discurso de las armas y las letras:

a) Dar a cada uno lo que es suyo.
b) Entender y hacer que las buenas leyes se guarden.
c) No hacer felonías.
d) Poner en su punto la justicia distributiva.
e) Vivir honesta y recatadamente.
Señale Ud. las dos líneas que sobran.

3. Los siguientes pares de definiciones están tomados del *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española (última ed. 1992). Una corresponde al tópico literario vulgar, y otra al tópico literario jurídico.

1. *Derecho* significa:
a) Cosa o persona que es recta y no se tuerce.
b) Posición o interés protegido por la ley.
2. *Justicia* significa:
a) Poder del Estado que dirime los conflictos por la fuerza.
b) Virtud de dar a cada uno lo suyo.
3. *Ley* significa:
a) Norma emanada del parlamento de acuerdo con la Constitución.
b) Pauta de sucesión de las cosas según su naturaleza.

Seleccione Ud. en los tres casos la definición que corresponde al tópico jurídico literario, y la que corresponde al tópico jurídico simple.

4. Los siguientes pares de definiciones están tomados del *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española (última ed. 1992). Una corresponde al tópico literario vulgar, y otra al tópico literario jurídico.

1. *Novela* significa:
a) Leyes nuevas o constituciones imperiales que dieron Justiniano I y los demás emperadores bizantinos que le siguieron, después de la publicación del *Corpus Iuris Justinianeo*.
b) Obra en prosa que narra una acción fingida.
2. *Prenda* significa:
a) Cosa mueble que garantiza el cumplimiento de una obligación.

b) Cualquier elemento del vestido o calzado de una persona.

3. *Mora* significa:

a) Dilación o tardanza en el cumplimiento de una obligación.

b) Fruto de la morera, del moral o del zarzal.

Seleccione Ud. en los tres casos la definición que corresponde al tópico literario jurídico.

5. Las dos listas siguientes nombran, la primera, ciertas unidades literarias reales, y la segunda, ciertos géneros literarios de expresión:

A) El *Manual de Filosofía del Derecho* de Ed. COLEX.

B) El tema "Tópica Jurídica Literaria" (nº 48. del *Manual de Filosofía del Derecho* de Ed. COLEX.

C) El *Cuaderno de Prácticas y Guía para el Estudio de la Filosofía del Derecho* de Ed. COLEX.

a) Carta.

b) Ensayo.

c) Enseñanza.

d) Gramática.

e) Guión.

f) Historia.

g) Novela.

h) Poema.

i) Poética.

j) Retórica.

Elija Ud. en la segunda lista la calificación de género que le corresponde a cada unidad de la primera lista.

6. La primera de las dos listas siguientes nombra nueve obras literarias reales, y la segunda, a sus autores:

a) *Canigó.*

b) *Divina Comedia.*

c) *Eneida.*

d) *Os Eoas (Los occidentales).*

e) *Ilíada.*

f) *Mío Cid.*

g) *Paradise lost (Paraíso perdido).*

h) *Os Lusíadas (Los lusitanos).*

i) *Salterio.*

A) Luis de CAMOENS (1524-1580).

B) DANTE Alighieri (1265-1321).

C) DAVID (1025-972 a. C.).

D) HOMERO (860-770 a. C.).

E) John MILTON (1608-1679).

F) Eduardo PONDAL (1835-1917).

G) Jacint VERDAGUER (1845-1902).

H) Publio Virgilio Marón (70-19 a. C.).
I) Jerónimo Visqué (1060-1120).

Atribuya Ud. cada obra a su autor.

7. **La primera de las dos listas siguientes nombra cinco novelas famosas, y la segunda, a sus autores:**

a) *Der Zauberberg (La montaña mágica).*
b) *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha.*
c) *I promessi (Los novios).*
d) *Bratja Karamazovy (Los hermanos Karamazov).*
e) *Notre Dame de Paris (Nuestra Señora de París).*
A) Miguel de Cervantes (1547-1616).
B) Feodor Micailovic Dostoiewski (1818-1881).
C) Víctor Hugo (1802-1885).
D) Thomas Mann (1875-1955).
E) Alessandro Manzoni (1785-1872).

Atribuya Ud. cada obra a su autor.

8. **La primera de las dos listas siguientes nombra seis dramas famosos, y la segunda, a sus autores:**

a) *Antigóne (Antígona).*
b) *El alcalde de Zalamea.*
c) *El condenado por desconfiado.*
d) *The merchant of Venice (El mercader de Venecia).*
e) *Faust (Fausto).*
f) *Los intereses creados.*
A) Jacinto Benavente (1866-1954).
B) Pedro Calderón de la Barca(1600-1681).
C) Johann Wolfgang Goethe (1749-1832).
D) William Shakespeare (1564-1616.
E) Sófocles de Colona(497-405 a. C.).
F) Tirso de Molina (1583-1648).

Atribuya Ud. cada obra a su autor.

9. **¿A cuál de los siguientes juristas se atribuye la definición tópica ius est ars aequi et boni?**
a) Francesco Acursio (1182-1259).
b) Baldo de Ubaldis (1320-1400).
c) Pietro Bellapertica (1250-1308).
d) Publio Iuventio Celso (70-120).
e) Gayo de Berito (117-180).
f) Domicio Ulpiano (170-228).

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. **Compare Ud. (en el margen de un folio o de cinco minutos, como máximo) la oferta de tópicos jurídicos que ofrecen las fuentes literarias de primer grado (poesía, novela, guión, etc.) respecto a las que ofrecen las fuentes literarias de segundo grado (gramáticas, literaturas, etc.).**

2. **Repase Ud. de memoria las representaciones teatrales, cinematográficas o televisivas que haya presenciado, seleccionando aquellas que ofrecieran un llamativo contenido jurídico, y haga un recuento de ellas describiendo con algún detalle la tópica jurídica existente en aquella que más le haya impresionado (todo ello, en el margen de un folio o de cinco minutos, como máximo).**

3. "Lengua y derecho evolucionan con sincronía total en cada cultura".
   Relacione Ud. primero todos los argumentos que se le ocurran a favor de esa tesis. Después, todos los argumentos que se le ocurran en contra de esa tesis. Finalmente razone su preferencia por sostenerla, contradecirla, o enmendarla [11].

4. Como ciencia que define los usos correctos de una lengua mediante preceptos, la *gramática normativa* debe tener abundantes coincidencias con la ciencia jurídica normativa.
   Construya Ud. (en el margen de un folio o de cinco minutos, como máximo) un esbozo de teoría para exponer las coincidencias y las divergencias que debe haber entre la ciencia de la gramática normativa y la ciencia jurídica normativa [12].

5. El arte retórica general enseña a hablar para deleitar, persuadir o conmover.
   Razone Ud. (en el margen de un folio o de cinco minutos, como máximo) cuál de esos tres objetivos es prioritario en el campo especial de la retórica jurídica.

6. **Exponga Ud. brevemente (en el margen de un folio o de cinco minutos) los puntos en que estaría Ud. de acuerdo con Dante, cuando escribió sobre la justicia su terceto tópico que dice:**
   La justicia se guarda y apenas se invoca
   y no se lanza al viento sin el juicio debido:
   como hace el que siempre la tiene en la boca.

7. Los *libros de estilo* son un instrumento muy conveniente y necesario, pues contestan a las innumerables dudas que le surgen al operador jurídico que tiene que redactar algún papel o documento.
   Relacione Ud. primero todos los argumentos que se le ocurran a favor de esa tesis. Después, todos los argumentos que se le ocurran en contra de esa tesis. Finalmente razone su preferencia por sostenerla, contradecirla, o enmendarla [13].

---

[11] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

[12] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

[13] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

TEMA XLIX

TÓPICA JURÍDICA MEDIÁTICA

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. Definición de la tópica mediática.
III. Tópicos mediáticos.
IV. Valor persuasivo de la tópica mediática.
V. Utilización de la tópica mediática.
VI. Localización de la tópica mediática.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. En su dimensión estricta *la tópica jurídica mediática* comprende las expresiones, proposiciones y argumentaciones relacionadas con la familia léxica del derecho, la justicia y la ley publicadas en los medios masivos no oficiales de difusión con carácter cíclico de información general, o de información especializada en alguno de los aspectos culturales que interesan a la sociedad, salvo el derecho mismo.

2. Los *términos* claves de la tópica jurídica mediática son: *información*, *difusión*, *prensa*, *radiodifusión* y *teledifusión*.

3. Las *proposiciones* principales con las que los medios mantienen su dominio son el *anuncio* y la *noticia*. Ellas son también las proposiciones principales de la tópica jurídica mediática. El arte de distinguir el anuncio de la noticia es esencial para el jurista. Un jurista que no sepa hacerlo tampoco será capaz de distinguir lo que le daña y lo que le beneficia en una ley, una sentencia o una monografía.

4. Los *argumentos* principales de la tópica mediática, general o jurídica, son la *tabla de anuncios*, el *noticiario* (o radiodiario o telediario), el *editorial*, la *entrevista*, el *debate* y la *tertulia*.

5. La *capacidad persuasiva* de los medios es tan grande que puede ser alienante, pero gusten o no gusten, tenemos que operar jurídicamente contando con ellos y en medio de ellos. En general, el valor persuasivo de la tópica mediática depende de la combinación de la reiteración real y la novedad aparente. En el ámbito jurídico en particular, el valor persuasivo de los medios se multiplica en los espacios dedicados a hablar de los derechos, los tribunales y las leyes.

6. Las dos técnicas elementales de uso acertado de los medios tienen que ver con la prevención de la credulidad ingenua, y con el aprovechamiento práctico de

su contenido. a) La *técnica de prevención* consiste en practicar el pluralismo informativo: Es conveniente cambiar constantemente de periódico, de revista, de emisora de radio, de canal televisivo. b) La *técnica de aprovechamiento* consiste en formar un banco de datos personalizado con los que aparecen en los medios escritos y que tienen que ver directamente con la propia especialización jurídica.

7. La tópica mediática se puede obtener por suscripción a domicilio o adquiriéndola día a día en el quiosco más próximo; pero además de la prensa actualizada que uno adquiere personalmente, existen depósitos de prensa en los que es posible buscar y fotocopiar tópica jurídica actual y anterior. Los dos principales son las *hemerotecas* y las empresas *editoras*.

3. LECTURA

"El objeto de mi exposición es enunciar una serie de puntos o ponencias que someto de este modo a meditación.

1. No se puede separar la comunicación social del derecho. Sí es cierto que toda materia objeto de comunicación social se encuentra vinculada a la misma, esto ocurre más particularmente con el derecho, en razón de las condiciones de su nacimiento y desarrollo.

2. Es necesario encontrar la comunicación social en el derecho, y el derecho en la comunicación social.

3. Esto no significa que alguno de los dos goce de alguna pretendida superioridad sobre el otro. Los dos se mueven en planos diferentes: el impulso vital del grupo, la norma del grupo.

4. Las relaciones entre la comunicación social y el derecho se iluminan si pensamos en la norma de la vida social y en la vida social de la norma: así se establece desde el principio un enlace de interacción entre ambos. Ni que decir tiene que tanto los elementos de esa interacción, como la interacción misma, son función del tipo de sociedad y del sistema jurídico considerados. Pero no se debe olvidar a este propósito que toda sociedad y todo sistema jurídico hereda algo de sus predecesores y forma algo a sus sucesores.

5. El papel que la comunicación social desempeña dentro del derecho es mucho más claro que el que desempeña el derecho en la comunicación social. El derecho nace de las consideraciones expresadas por el cuerpo social sobre la necesidad de una regla jurídica: pensemos en el papel desempeñado por la costumbre en el pasado, o en el de la tribuna parlamentaria hoy en día. En su aplicación, el derecho es *comunicado* al cuerpo social: es la regla de la publicidad de las audiencias en los tribunales de justicia. Igual ocurre con su ejecución: es el origen (diversamente apreciado) del procedimiento de la ejecución pública.

6. La estabilidad de la ley es procurada en gran parte por la comunicación social. Lo testimonia el *dura lex, sed lex*. La comunicación social es la causa que proporciona al derecho esa fijeza que le es inherente. Pero si la comunicación social contribuye a la cohesión del derecho cuando le sostiene, contribuye a infringirle cuando entra en conflicto con él. Así pues, la comunicación social desempeña un cierto papel en el combate entre los dos factores antagonistas del derecho: la seguridad jurídica y la legalidad.

7. A la inversa, la función del derecho en la comunicación social es mucho menos definida, lo que no significa que sea menos real. Puede que esa falta de claridad sea debida a nuestro desconocimiento de esta materia tan antigua que es la comunicación, pero cuyo estudio sistemático acaba de comenzar. De todos modos, el derecho se nos muestra aún mayormente como un mandato de obligación o de prohibición de la comunicación social, y bastante menos, como un elemento normativo estimulante de la misma.

8. Es difícil saber cómo el derecho, en su rigidez, puede adaptarse a una comunicación social en la que es un factor esencial la movilidad. Máxime, cuando cada uno de estos dos factores posee su propio movimiento, su propio paso. Pero todo ello está relacionado con el problema de la evolución del derecho, pues se trata del efecto constrictivo *(l'effet contraignant)* y del efecto persuasivo *(l'effet convaincant)* del derecho.

9. La comunicación social ejerce un efecto vivificante sobre el derecho. Ella permite frustrar la tentación, inspirada en motivos políticos, de tratar de reducir el derecho a una simple técnica, a una *modo de actuar*, sin cuidarse del origen de las cosas. Es la comunicación social la que asegura la relación entre las leyes del cambio social y el cambio social de las leyes.

10. Esto supuesto, las cosas se presentan así: el derecho es a la vez un producto y un instrumento de la comunicación social; y a la vez, su regulador y su acicate.

11. Si todo lo dicho se mantiene, debe admitirse que entre el derecho y la comunicación social se establece una relación dialéctica permanente y continua: la comunicación social engendra un derecho; éste, mediante su acción, provoca una comunicación social modificada; ésta suscita de nuevo una transformación del derecho; y así sucesivamente, en un movimiento perpetuo.

12. Bien llevada, esta dialéctica puede conducir a un desarrollo armonioso del derecho. Pero si se desordena, puede producir el estancamiento del derecho, e incluso el hundimiento del sistema jurídico. El tiempo desempeña en este proceso un papel preponderante, ya que es necesario dejar que las cosas maduren, pero no que se pudran. A través de las edades y las civilizaciones la justa apreciación del tiempo ha sido la característica de los grandes juristas, de aquellos a los que se denominó *legisladores*.

13. Sin duda, el derecho, tal como lo concebimos, no es más que una forma social histórica. Pero incluso cuando la gestión humana haya sido sustituida por la administración de las cosas, cuando la forma del derecho sea reemplazada por la autoadministración, aun entonces, y posiblemente más todavía, la comunicación social seguirá desempeñando un papel esencial en la búsqueda de la igualdad y la justicia".

BUCH, Henri: "La comunicación social y el derecho": *Comunicación social e integración europea. V Semana Internacional de Ciencias Sociales* (Jorge Xifra Heras Ed. Barcelona, Prensa, Información y Ediciones del Instituto de Ciencias Sociales de la Diputación Provincial de Barcelona, 1968. 452 pp.) 243-263. Pp. 252-254.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. La tópica jurídica mediática comprende los *periódicos o revistas no oficiales especializados* en alguno de los aspectos culturales, económicos, sociales, deportivos, etc. que interesan a la sociedad (agricultura, comercio, música, motor, química...) y los *periódicos no oficiales de información general*, en los que nunca faltan las informaciones jurídicas generales, y en los que con frecuencia cada vez mayor aparecen secciones fijas de información legal (resúmenes de los diarios oficiales), judicial (crónicas de los tribunales) y profesional (información municipal, tributaria, laboral, notarial, registral). Pero no entran en su ámbito ni los *periódicos jurídicos oficiales*, dedicados a publicar normas legales o judiciales (tipo boletín oficial, diario oficial, o gaceta oficial), ni los *periódicos jurídicos oficiosos*, en los que se publican estudios doctrinales generales (tipo revista jurídica, anuario de la facultad de derecho, anales de la academia de jurisprudencia y legislación) o especializados (tipo anuario de filosofía del derecho, revista de derecho civil, gaceta de los tribunales).
¿Por qué se practica esa división? ¿Qué consecuencias tiene para la metodología tópico-jurídica?

2. En la actualidad se han multiplicado los medios masivos de información, así generalistas como especializados.
   ¿Por qué se ha producido ese fenómeno? ¿Qué consecuencias tiene para el trabajo de los juristas?

3. La interpretación y uso tópico de todos los mensajes jurídicos incluidos en los boletines oficiales, ha de hacerse de forma completamente distinta a la que se lleva a efecto sobre los mensajes incluidos en los medios generalistas o semi generalistas; y además, las reglas de identificación y uso que afectan a los unos, apenas tienen nada que ver con las que afectan a los otros.
   ¿Por qué ocurre eso? ¿Qué consecuencias tiene para el trabajo de los juristas?

4. Los periodistas son juristas que abogan, juzgan y norman ante otras instancias paralelas a las formalmente reconocidas como jurídicas.
   ¿Cuáles? ¿Con algunos efectos jurídicos formales?

5. Ampliamente considerada, la tópica jurídica mediática comprende todas las expresiones, proposiciones y argumentaciones relacionadas con la familia léxica del derecho, la justicia y la ley publicadas en cualquiera de los medios masivos de difusión de carácter periódico o cíclico (no ocasional y aislado).
   ¿Y qué comprende considerada en sentido estricto?

6. *Información* es la búsqueda, o la invención, de noticias sobre la verdad, bondad, utilidad o belleza de alguna cosa o suceso por una persona o grupo (agencia de información, por antonomasia) que quiere constatarlo, evaluarlo y sacarle partido.
   ¿En dónde está el busilis de este tópico terminológico?

7. *Difusión* es la acción de reproducir masivamente, usando los medios técnicos pertinentes, proposiciones o teorías, individuales o minoritarias, de cualquier carácter, descriptivo, valorativo o mixto, derramándolas por el grupo social, sembrándolas en las conciencias, fundiéndolas con los sentimientos colectivos y haciéndolas mayoritarias en forma de opiniones, gestos, actitudes o reacciones públicas, de contenidos básicamente éticos, estéticos, económicos, políticos y jurídicos, siempre a favor del individuo o grupo difusor (por antonomasia, *la agencia de noticias*).
   ¿En dónde está el meollo de este tópico terminológico?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. No se puede separar la comunicación social del derecho. Es necesario encontrar la comunicación social en el derecho, y el derecho en la comunicación social.
   ¿Son concordantes esas proposiciones de Henri Buch?

2. La comunicación social es el impulso vital del grupo; el derecho, la norma del grupo.
   ¿Bajo qué aspectos es más aceptable o menos esa estimación funcional?

3. Toda sociedad y todo sistema jurídico hereda algo de sus predecesores y forma algo a sus sucesores.
   ¿Qué cosas por ejemplo?

4. En su aplicación, el derecho es *comunicado* al cuerpo social.

¿Solo en el momento de la aplicación judicial? ¿Y en el momento legislativo no? ¿Y en el momento jurisprudencial tampoco?

5. El derecho se nos muestra aún mayormente como un mandato de obligación o de prohibición de la comunicación social, y bastante menos, como un elemento normativo estimulante de la misma.

   ¿Comparten esa idea igualmente los emisores y los receptores de mensajes informativos?

6. Es la comunicación social la que asegura la relación entre las leyes del cambio social y el cambio social de las leyes.

   ¿No parece excesiva esa concesión del jurista Henri Buch a los periodistas?

7. Entre el derecho y la comunicación social se establece una relación dialéctica permanente y continua: la comunicación social engendra un derecho; éste, mediante su acción, provoca una comunicación social modificada; ésta suscita de nuevo una transformación del derecho; y así sucesivamente, en un movimiento perpetuo.

   ¿No atribuye ahí el Sr. Buch a la comunicación social un papel representado en realidad por toda la actividad social?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Los Boletines Oficiales son:

a) Los primeros periódicos que existieron.
b) Los segundos periódicos que vieron la luz.
c) Los últimos periódicos que se inventaron.
d) Una evolución de los palimpsestos.
e) Un libramiento para cobrar dinero de oficio.

Seleccione Ud. la respuesta correcta.

2. Confeccione Ud. la lista de los cinco diarios que más haya leído Ud. a lo largo del último lustro empezando por el que le haya suministrado más noticias jurídicas y terminando por el que menos.

a) .....
b) .....
c) .....
d) .....
e) .....

3. Los términos clave de la tópica jurídica mediática son:

a) Difusión
b) Formación
c) Prensa
d) Radio
e) Televisión

Seleccione Ud. la respuesta incorrecta y sustitúyala por la correcta.

4. **¿Por qué es esencial la pluralidad de medios masivos de información? Porque:**

   a) Crean muchos puestos de trabajo.
   b) Fomentan la lectura.
   c) Lo manda la Constitución.
   d) No hay otro antídoto contra su veneno que ellos mismos.
   e) Difunden la cultura por todas partes.

   Seleccione Ud. la respuesta correcta.

5. **De los seis argumentos mediáticos tópicos (reproducidos en la lista primera que sigue), dos son propios de la prensa, dos son propios de la radio y la televisión, y otros dos son comunes a los tres medios (opciones reflejadas en la lista segunda que sigue):**

   A) El anuncio...
   B) El debate...
   C) El editorial...
   D) La entrevista...
   E) La noticia...
   F) La terturlia...
   a) es un argumento de prensa.
   b) es un argumento de prensa.
   c) es un argumento de prensa, radio y televisión.
   d) es un argumento de prensa, radio y televisión.
   e) es un argumento de radio y televisión.
   f) es un argumento de radio y televisión.

   Hilvane Ud. correctamente las seis proposiciones.

6. **Seleccione Ud. una noticia jurídica en una página de un diario del día de la fecha, marque algunos términos importantes de la misma (tres p. e.), fotocopie esa hoja en tamaño dina-4 una vez por cada término marcado, y rotule las copias para convertirlas en fichas de su propio banco de datos.**

7. **El Sr. Henri Buch dice que, desde el punto de vista del comunicador social, el derecho es simplemente:**

   a) Comunicado al cuerpo social.
   b) Forma social histórica.
   c) Igualdad y justicia.
   d) Mandato que obliga y prohibe, mas no estimula.
   e) Norma del grupo social.

   Seleccione Ud. en la serie anterior la respuesta incorrecta (la que no consta en el texto de la lectura).

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. Los tópicos jurídicos mediáticos están vulgarizando de una forma imparable el actual discurso jurídico.

Argumente Ud. brevemente (en un folio o en cinco minutos), primero, manteniendo esa tesis; después, discutiéndola; y finalmente, pronunciándose por una de las dos posiciones, o por una tercera que crea más convincente [14].

2. Los juristas de los países civilizados, y desde luego los de la Unión Europea, difundimos ahora por los medios periódicos una buena parte de la comunicación jurídica que producimos.
   Argumente Ud. brevemente (en un folio o en cinco minutos), primero, manteniendo esa tesis; después, discutiéndola; y finalmente, pronunciándose por una de las dos posiciones, o por una tercera que crea más convincente [15].

3. El jurista de nuestro tiempo que pretenda estar bien informado no puede prescindir de los tópicos jurídicos presentes en los medios masivos de difusión, y está obligado a conocerlos, y a saber aprovecharlos.
   Argumente Ud. brevemente (en un folio o en cinco minutos), primero, manteniendo esa tesis; después, discutiéndola; y finalmente, pronunciándose por una de las dos posiciones, o por una tercera que crea más convincente [16].

4. La interpretación valorativa (y aun descriptiva) del discurso mediático modelo *anuncio* tiene que ser inversa a la del discurso mediático modelo *noticia*.
   Glose Ud. brevemente (en un folio o en cinco minutos), esa tesis.

5. Lo que no publican los medios no existe.
   Explique Ud. brevemente (en un folio o en cinco minutos), los diversos sentidos que puede tener ese tópico, especialmente en sus aplicaciones a la discusión en términos jurídicos.

6. *Mentecata es la persona que hace mal y lo pregona.*
   Explique Ud. brevemente (en un folio o en cinco minutos), los diversos sentidos que puede tener ese dicho jurídico tradicional.

7. Según Henri Buch, "debe admitirse que entre el derecho y la comunicación social se establece una relación dialéctica permanente y continua".
   Argumente Ud. brevemente (en un folio o en cinco minutos), primero, manteniendo esa tesis; después, discutiéndola; y finalmente, pronunciándose por una de las dos posiciones, o por una tercera que crea más convincente [17].

---

[14] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

[15] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

[16] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

[17] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retorica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de árbitro decisor.

TEMA L

DICCIONARIOS Y CONCLUSIONES

1. ÍNDICE DEL TEMA

I. Introducción.
II. Los diccionarios.
III. Conclusión.

2. IDEAS BÁSICAS DEL TEMA

1. La *tópica* por excelencia de cualquier materia literaria, científica o tecnológica es el *diccionario* que ordena los términos y a su través los principios y argumentos todos que una materia emplea, y que hace eso de una manera directa, declarada, sin tapujos.

2. La *tópica jurídica* por excelencia es el *diccionario jurídico*, el cual presenta los tópicos jurídicos sin rodeos, seleccionados y depurados de otras consideraciones.

3. Los diccionarios jurídicos constituyen la tópica jurídica estricta porque contienen tópicos jurídicos nada más, y porque los presentan precisamente como tales tópicos.

4. Un diccionario es un libro en el que se recogen y explican en forma ordenada alfabéticamente las voces usadas en una lengua, arte, ciencia o técnica, configurando así el catálogo más numeroso posible de sus conceptos, principios, y argumentos principales.

5. La estructura básica de un diccionario es una relación de artículos de desigual extensión ordenados entre sí por su rótulo, palabra por palabra y letra por letra, según la serie de las letras del alfabeto de la lengua en que están redactados, y conteniendo cada artículo, tras la palabra que lo rotula (*entrada*) un cuerpo formado por una o varias definiciones, argumentos o teorías.

6. Los diccionarios de todas las materias imaginables, y en especial los jurídicos, no pueden faltar en la biblioteca jurídica personal que cada estudiante de derecho tiene que comenzar a construir con sus libros de estudio y de trabajo durante la carrera universitaria. En la biblioteca personal de un jurisprudente hecho debe haber un ejemplar al menos de cada una de las siguientes clases de diccionarios: de la lengua, jurídicos, y temáticos.

7. El valor objetivo de los diccionarios es inconmensurable. Su utilización, imprescindible. Su localización no puede ser otra que el propio domicilio. Si todo li-

bro es un bien, un diccionario tiene prioridad absoluta. Casi casi se podría decir que son los únicos libros de derecho que se pueden comprar con la seguridad de que nunca quedan obsoletos. Por ello podemos parafrasear a Oscar WILDE, cuando decía que el diccionario es el único libro digno de ser leído por un poeta, y proclamar que *el diccionario jurídico es el libro más digno de ser leído constantemente por un jurista.*

8. El pensamiento tópico o pensamiento débil propio de los diccionarios, y el pensamiento sistemático o pensamiento fuerte, propio de los tratados y monografías: a) son los dos científicos; b) y además son necesarios; c) y además son compatibles; d) y además son complementarios.

9. He aquí el decálogo del discurso jurídico tópico: 1º. Ninguna cuestión sin respuesta. 2º. Ninguna cuestión doctrinal sin conflicto real previo. 3º. Ninguna respuesta doctrinal sin decisión pacificadora. 4º. Poco pensamiento único, mucho eclecticismo. 5º. Mucha concreción, poca utopía. 6º. Mucha historia, poca ucronía. 7º. Primero jurisprudencia, luego jurisdicción, finalmente legislación: y no al revés. 8º. Frente al vicio de la pureza teórica, la virtud del mestizaje tópico. 9º. Frente al vicio del tecnicismo, la virtud del vulgarismo. 10º. Poco hermetismo, mucha transparencia.

3. LECTURA

"*Presentación e instrucciones.* Este libro pretende recoger los *conceptos básicos* del derecho positivo español, así como las variedades terminológicas con que aquéllos se expresan en el derecho de los países americanos que hablan nuestra lengua. A través de más de *6.000 conceptos y términos* se explican y fundamentan las *nociones básicas* de las principales materias del ordenamiento jurídico con referencias, además, a la sistemática del derecho civil, mercantil, constitucional, administrativo, fiscal, laboral, penal, comunitario y procesales. No se trata de un diccionario de instituciones jurídicas. Más bien podría tratarse de un diccionario de *figuras y términos jurídicos*. En otras palabras, esta obra pretende ser un diccionario de derecho español dentro de las posibilidades de encontrar, en su manifestación como derecho positivo, unos *términos legales* y unas *expresiones doctrinales* que sirvan de centros de imputación de las *ideas jurídicas básicas*.

Un *índice sistemático* contiene los *conceptos básicos* que, en el cuerpo del libro, tienen un texto explicativo; es decir, son las *voces con texto*. Estos conceptos están ordenados de acuerdo con los criterios utilizados por la doctrina en la exposición de las materias más importantes. No es casual, pues, que el *índice sistemático* contenga las disciplinas que coinciden con las asignaturas de derecho positivo de los estudios universitarios de la profesión jurídica en España.

Téngase en cuenta que el *índice sistemático* tiene una numeración independiente para cada materia. Es decir, *derecho civil: familia*, p. e., tiene 77 conceptos, numerados del 1 al 77; el *Derecho mercantil: títulos valores*, tiene 78 conceptos, numerados del 1 al 78; etc. Para ser identificado, el número de cada *concepto o voz* ha de ir unido al título de la materia jurídica correspondiente, como explicamos a continuación. El número del concepto, junto con la referencia a la materia jurídica del índice correspondiente, se cita en el cuerpo del diccionario a continuación del título de cada concepto, y antes de su texto explicativo. Así p. e.: Rango registral [Derecho civil: Derecho hipotecario (24)] precede a la explicación que luego expone el texto del libro. En consecuencia, el lector que desea ampliar o completar la consulta efectuada en un *concepto o voz*, puede obtener en el índice sistemático las *voces o conceptos complementarios*.

Así, en el caso de que se deseara completar la información sobre lo expuesto en *Dación de pago*, la referencia expuesta en el encabezamiento de esta voz, *Derecho civil: Obligaciones (26)*, permite localizar en el índice sistemático del *Derecho civil: obligaciones*, los conceptos más relacionados con aquél: pago, imputación de pagos, y demás formas de extinguirse las obligaciones, que aparecen en el referido índice sistemático con los números más próximos al 26 (que es el de la *Dación en pago*): *pago (22), imputación de pagos (23), cesión de bienes para pago (25)*, etc. Por tanto, la lectura del texto de todos los conceptos de uno de los índices, siguiendo el orden del mismo, proporciona una idea suficientemente fundamental de la disciplina jurídica esquematizada en el referido índice.

Conceptos y términos forman el comenido propiamente dicho de esta obra. Los conceptos son los numerados en los índices sistemáticos y explicados en el cuerpo de esta obra mediante una voz con texto, que hay que distinguir de las voces de remisión. A las primeras ya nos hemos referido. Veamos las segundas.

En el texto de la voz o concepto figuran frecuentemente palabras en *cursiva*. Se trata de *términos o locuciones derivados del concepto básico* o que, por su inmediata relación con éste, conviene exponerlos unitariamente al amparo del mismo. Así p. e., dentro del *Abandono de dominio*, se expone lo que es la *renuncia traslativa*, la *renuncia abdicativa*, la *derelicción*, etc. De esta suerte, en el mismo texto dedicado a un concepto el lector puede captar las ideas más esenciales del mismo, y las más importantes derivaciones conceptuales y terminológicas, sin necesidad de acudir a otras voces. Para facilitar la consulta directa a través de ellas, estas palabras en cursiva aparecen también como *entradas* del diccionario: son las *voces de remisión*, así llamadas porque remiten a una voz con texto. Así p. e., *Renuncia abdicativa* aparece como voz de remisión de la siguiente forma: *Renuncia abdicativa. Véase Abandono del dominio*".

RIBÓ DURÁN, Luis: *Diccionario de derecho* (Barcelona, Casa Ed. Bosch, 1987. 656 pp.) pp. V-VI.

4. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE EL TEMA

1. A los efectos de la función que desempeñan para el jurista los objetos que designan, son sinónimas las palabras *diccionario, vocabulario, enciclopedia* e *índices auxiliares* ordenados por letras o guarismos e incorporados a monografías, manuales y tratados, y también los *bancos de datos* de género informático.

   ¿Por qué? ¿Por qué no a otros efectos?

2. El único esquema argumental específico del libro llamado *diccionario* es la inserción palabra tras palabra de la A a la Z, o cifra tras cifra de las entradas o artículos.

   ¿Qué ventajas reporta esa connotación estructural? ¿Qué inconvenientes?

3. Ninguna lengua o lenguaje artístico, científico o literario tienen un diccionario cuando quieren sus cultivadores, sino cuando pueden hacerlo; es decir, cuando lo permite la naturaleza de la cosa cultural y su desarrollo y madurez efectiva.

   ¿Por qué ocurre tal? ¿Qué es eso, bueno o malo?

4. Los diccionarios especializados en áreas distintas a las jurídicas también alivian considerablemente el arduo trabajo de búsqueda de datos, trabajo propio y característico de las consultas a que deben atender los juristas.

   ¿Por qué alivian ese trabajo? ¿Y cómo lo alivian?

5. Todos los diccionarios generales frecuentemente tienen que distinguir en sus artículos las definiciones generales de las jurídicas, avisando el salto con las abreviaturas *der.* de *derecho*, o *jur.* de *jurisprudencia*.

   ¿Es eso una anomalía? ¿Hace esa circunstancia innecesarios o superfluos los diccionarios jurídicos?

6. El discurso jurídico necesita acudir con frecuencia a la terminología, las definiciones y los argumentos consabidos de las otras artes y ciencias, especialmente de las más próximas o vecinas a su propia parcela.

   ¿Con qué frecuencia? ¿Por qué ocurre tal cosa?

7. El jurista necesita tener siempre a mano un *diccionario actualizado de la lengua* que usa cotidianamente en sus escritos jurídicos. Suponiendo que ella sea la española, el preferible siempre es el mentado *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española. En la España actual los hechos europeo y autonómico hacen necesaria además, la disposición siempre cómoda de *otros diccionarios de otras lenguas*.

   ¿Por qué es preferible el diccionario de la Academia Española? ¿Qué lenguas son las que más frecuenta el jurista español actual?

5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE LA LECTURA

1. Un diccionario de derecho pretende recoger los *conceptos básicos* del derecho positivo de un pueblo, así como las variedades terminológicas con que aquéllos se expresan en el derecho de los pueblos que usan la misma lengua.

   Compare lo que dice el inicio de la lectura y lo que se acaba de decir y mire si es legítima la generalización sobre lo que allí se dice de España y Latinoamérica.

2. Un diccionario de derecho es un intento de encontrar y ordenar, dentro de las posibilidades, los *términos jurídicos* que sirven de centros de imputación de las *ideas jurídicas básicas* ya manifiestas como derecho positivo en forma de *términos legales*, y de *expresiones doctrinales*.

   ¿Serán abundantes o escasas tales posibilidades? ¿Será una misión imposible?

3. Los diccionarios jurídicos actuales suelen ir provistos de un *índice sistemático* que contiene los *conceptos básicos* que, en el cuerpo del libro, tienen un texto explicativo principal. Estos conceptos están ordenados de acuerdo con los criterios utilizados por la doctrina en la exposición de las materias más importantes.

   ¿Se advierte la correlación existente entre los tratados, con sus índices de fechas, nombres y cosas, y los diccionarios con sus índices sistemáticos? ¿Qué alcance tiene esa inversión de lo principal y lo accesorio en la metodología?

4. Según el abogado Ribó Durán, no es casual que el *índice sistemático* de un diccionario jurídico contenga las disciplinas que coinciden con las asignaturas de derecho positivo de los estudios universitarios de la profesión jurídica en España.

   Si no es casual ¿es que es causal? Y ¿cuál es la causa de ese hecho?

5. Según el abogado Ribó Durán, la lectura del texto de todos los términos elencados en uno de los índices sistemáticos del diccionario, siguiendo el orden fijado en el mismo, puede proporcionar una idea suficientemente fundamental de la disciplina jurídica esquematizada en el referido índice.

La experiencia dice que no es así: que el salto de entrada a entrada y el continuo reenvío fractura irremisiblemente la unidad sistemática. ¿Cabría deducir de eso que no es posible sustituir nunca el diccionario por el sistema, ni el sistema por el diccionario?

6. Conceptos y términos forman el contenido propiamente dicho de un diccionario jurídico.
¿Y qué unidades lógicas forman entonces el contenido propiamente dicho de un sistema jurídico? ¿Los argumentos quizá? ¿Y dónde queda la unidad lógica intermedia de las proposiciones o principios?

7. Los artículos de diccionario explicativos de cada término de entrada contienen siempre los llamados términos de remisión, que son *términos o locuciones derivados del concepto básico* que, por su inmediata relación con éste, conviene exponerlos unitariamente al amparo del mismo, en vez de concederles cuerpo propio.
¿No serán esos términos de remisión la cresta de vertiente desde la cual se derrama el tejido jurídico, por un lado hacia la tópica, y hacia el sistema por el otro?

6. EJERCICIOS CERRADOS

1. Además de los diccionarios de la lengua, los seis géneros de diccionarios no jurídicos que más interesan al jurisprudente integral, o sea, al filósofo del derecho, son:

a) Los económicos
b) Los ...
c) Los históricos
d) Los...
e) Los sociológicos
f) Los...

Rellene usted los huecos en consonancia con lo que dice el tema.

2. Las principales ventajas que muestra el diccionario (discurso tópico) sobre el tratado (discurso sistemático) son:

a) La claridad de las definiciones puntuales.
b) La facilidad de consulta rápida.
c) La profundidad de desarrollo.
d) La sencillez de las referencias.

Subraye usted la tres respuestas adecuadas, descartando la que sobra.

3. Todos los profesionales que se nombran a continuación necesitan utilizar diccionarios como los juristas para poder realizar su trabajo mejor, pero sólo los miembros de uno de esos grupos necesitan de los diccionarios aún más que los juristas:

a) Filólogos.
b) Historiadores.
c) Locutores.
d) Periodistas.
e) Sociólogos.

Señale usted ese grupo.

4. El pensamiento tópico o pensamiento débil y el pensamiento sistemático o pensamiento fuerte tienen en común cuatro notas:

a) Los dos son científicos.
b) Los dos son inservibles.
c) Los dos son compatibles.
d) Los dos son complementarios.
e) Los dos son necesarios.

Subraye usted las cuatro respuestas correctas descartando la incorrecta.

5. ¿Cuál de las dos siguientes concepciones del derecho corresponde al espíritu de la tópica jurídica?

a) El derecho es el arte de resolver conflictos concretos ahorrando en el precio de la sangre (con su total supresión como horizonte inalcanzable pero estimulante).
b) El derecho es la ciencia de resolver conflictos hipotéticos o irreales imaginados aplicando una normativa dada ahorrando el precio del sudor (como hipótesis de trabajo lógico).

6. Los tres juristas alemanes modernos que fueron Rudolf IHERING, Carl SCHMITT y Theodor VIEHWEG ¿cómo son catalogados generalmente, de representantes del método sistemático, o de cultivadores del método tópico?

7. A juicio del Prof. PUY MUÑOZ las diferencias entre las dos metodologías, la sistemática o teórica, y la retórica o tópica, son:

a) Tan abismales que resultan insalvables.
b) Tan notables que difícilmente se compaginan.
c) Tan sutiles que generalmente pasan desapercibidas.
d) Tan invisibles que probablemente no existen.
e) Tan vanas que son simple vanidad.

Seleccione usted la respuesta que realmente sostiene el autor del tema.

7. EJERCICIOS ABIERTOS

1. Supongamos que usted ha participado en un concurso de ensayos para alumnos convocado por la Facultad, que se falla hoy. El premio para el vencedor consiste en la colección de 10 diccionarios, a saber 3 jurídicos, 3 lingüísticos, y 1 de otra materia, elegidos por él: pero ha de presentar la lista de su lote en el mismo momento de hacerse público el nombre del ganador, so pena de perder el premio.

   Redacte usted ahora mismo dicha lista (por si acaso resulta agraciado).

2. Usted ha comprobado a lo largo de sus estudios de derecho que así sus profesores como los autores de los libros que ha manejado recurrían a explicaciones etimológicas, o en general a palabras o expresiones latinas y griegas.

   Brevemente (en cinco minutos o en un folio):

   1º) Explique usted en qué materias y en qué contextos ha visto que se frecuentaba la argumentación filológica.

2°) Dictamine si en general le resultaron esos argumentos interesantes, oportunos y convincentes.

3°) Diga si en principio tiene usted propósito de usar en el futuro esos argumentos en sus informes profesionales orales y escritos.

3. El artículo largo y complejo es el canon que le rinde el diccionario al tratado; los índices alfabéticos y numerales auxiliares, el foro que le rinde el tratado al diccionario.
   Brevemente (en cinco minutos o en un folio):
   a) Defienda usted esa tesis con al menos un argumento.
   b) Contradiga usted esa tesis con al menos un argumento.
   c) Defienda usted su propia opinión, tanto si coincide, como si no coincide con una de ambas [18].

4. **Explique usted brevemente (en cinco minutos o en un folio): a) lo que manda, b) lo que prohíbe, y c) lo que permite, a su juicio, el *primer mandamiento* de la práctica tópica de la investigación y la comunicación jurídica que dice: *Ninguna cuestión sin respuesta.***

5. **Explique usted brevemente (en cinco minutos o en un folio): a) lo que manda, b) lo que prohíbe, y c) lo que permite, a su juicio, el *segundo mandamiento* de la práctica tópica de la investigación y la comunicación jurídica que dice: *Ninguna cuestión doctrinal sin conflicto real previo.***

6. **Explique usted brevemente (en cinco minutos o en un folio): a) lo que manda, b) lo que prohíbe, y c) lo que permite, a su juicio, el *tercer mandamiento* de la práctica tópica de la investigación y la comunicación jurídica que dice: *Ninguna respuesta doctrinal sin decisión pacificadora.***

7. **Explique usted brevemente (en cinco minutos o en un folio): a) lo que manda, b) lo que prohíbe, y c) lo que permite, a su juicio, el *cuarto mandamiento* de la práctica tópica de la investigación y la comunicación jurídica que dice: *Poco pensamiento único, mucho eclecticismo.***

8. **Explique usted brevemente (en cinco minutos o en un folio): a) lo que manda, b) lo que prohíbe, y c) lo que permite, a su juicio, el *quinto mandamiento* de la práctica tópica de la investigación y la comunicación jurídica que dice: *Mucha concreción, poca utopía.***

9. **Explique usted brevemente (en cinco minutos o en un folio): a) lo que manda, b) lo que prohíbe, y c) lo que permite, a su juicio, el *sexto mandamiento* de la práctica tópica de la investigación y la comunicación jurídica que dice: *Mucha historia, poca ucronía.***

10. **Explique usted brevemente (en cinco minutos o en un folio): a) lo que manda, b) lo que prohíbe, y c) lo que permite, a su juicio, el *séptimo mandamiento* de la práctica tópica de la investigación y la comunicación jurídica que dice: *Primero jurisprudencia, luego jurisdicción, finalmente legislación: y no al revés.***

11. **Explique usted brevemente (en cinco minutos o en un folio): a) lo que manda, b) lo que prohíbe, y c) lo que permite, a su juicio, el *octavo mandamiento* de la práctica tópica de**

---

[18] Esta práctica se puede llevar a cabo también sustituyendo la vía retórica, en la que sólo interviene un alumno con un discurso doble, por la dialéctica, en que intervienen dos actuando como partes adversarias. En este caso, uno defenderá una tesis, el otro la contraria, y el profesor cerrará el debate asumiendo el papel de arbitro decisor.

la investigación y la comunicación jurídica que dice: *Frente al vicio de la pureza teórica, la virtud del mestizaje tópico.*

12. Explique usted brevemente (en cinco minutos o en un folio): a) lo que manda, b) lo que prohíbe, y c) lo que permite, a su juicio, el *noveno mandamiento* de la práctica tópica de la investigación y la comunicación jurídica que dice: *Frente al vicio del tecnicismo, la virtud del vulgarismo.*

13. Explique usted brevemente (en cinco minutos o en un folio): a) lo que manda, b) lo que prohíbe, y c) lo que permite, a su juicio, el *décimo mandamiento* de la práctica tópica de la investigación y la comunicación jurídica que dice: *Poco hermetismo, mucha transparencia.*

14. Explique usted brevemente (en cinco minutos o en un folio) las dificultades más enojosas que haya encontrado al consultar algún diccionario jurídico, en comparación con las enfrentadas al tratar de consultar un tratado jurídico, con fines similares.